ORGANIZADOR
ALVARO LUIS DE A. S. CIARLINI

FUNDAMENTOS DA TEORIA GERAL DO DIREITO

VOLUME 2
1ª EDIÇÃO

ROBSON R. BARBOSA
VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE
ANA CLÁUDIA LOIOLA DE MORAIS MENDES
MARILENE CARNEIRO MATOS
LOURENÇO PAIVA GABINA
RODRIGO KING LON CHIA

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini (Organizador)

Fundamentos da Teoria Geral do Direito

Volume 2

1ª edição

Autores

Robson R. Barbosa

Víctor Minervino Quintiere

Ana Cláudia Loiola de Morais Mendes

Marilene Carneiro Matos

Lourenço Paiva Gabina

Rodrigo King Lon Chia

Ygor Werner de Oliveira

Instituto Brasiliense de Direito Público
Brasília
2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S.
Fundamentos da Teoria Geral do Direito v. 2/ Organizador Alvaro Luis de A. S. Ciarlini – Brasília : IDP, 2015.

Disponível em http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks
150 p.

ISBN 978-85-65604-68-0
DOI 10.11117/9788565604680

1.Jurisdição Constitucional. 2. Hermenêutica. 3. Direitos Fundamentais

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Os autores reunidos neste volume atenderam a um desafio proposto no primeiro semestre de 2015, durante a disciplina de Teoria Geral do Direito, do Programa de Mestrado em Direito Constitucional, da Escola de Direito de Brasília, mantida pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, no qual contou com a parceria do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Os capítulos deste livro refletem as discussões em curso em ambos os programas de pós-graduação, acerca dos fundamentos do Direito e a reflexão acerca dos conceitos fundamentais para a efetivação de direitos. Especial enforque se deu em relação à própria legitimação da norma jurídica e sua interpretação por todos aqueles responsáveis pela operação do Direito.

Os textos que compõem a coletânea materializam, portanto, discussões acerca das questões teóricas e metodológicas, empíricas e de aplicação do Direito brasileiro, voltados para a legitimidade da norma. Todos os trabalhos têm conteúdo relevante, de caráter inovador, já que descrevem as repercussões mais atuais do Direito. Daí o grande potencial de impacto na área do Direito, visto traduzir uma reflexão de grandes pensadores desenvolvida em um espaço de destaque no cenário nacional, capaz, portanto, de influir na forma como deve ser compreendido e aplicado o Direito Constitucional.

A obra aqui apresentada é fruto, portanto, de um trabalho coletivo que ilustra o compromisso do IDP com a pesquisa jurídica, a preocupação da instituição e de todos os seus membros em fortalecer o debate aberto, participativo e inclusivo acerca das mais relevantes questões que afetam o pensamento jurídico contemporâneo. Uma excelente leitura!

Ana Carolina F. Longo[1]

[1] Mestre em Direito Constitucional pela EDB/IDP

CAPÍTULO 1

A DISPUTA PELA "ÚLTIMA PALAVRA" À LUZ DO MODELO AGONÍSTICO DE DEMOCRACIA

Rodrigo King Lon Chia[2]

RESUMO: O texto examina a disputa entre a jurisdição constitucional e o debate democrático pela primazia na solução de desacordos sobre direitos à luz de um modelo agonístico de democracia. Com questionamentos acerca da possibilidade de se estabelecer um consenso racional, dotado de um caráter de permanência, propõe-se uma reflexão que vá além da identificação das "vantagens institucionais" de cada espaço de decisão para apontar caminhos possíveis de diálogo em conformidade tanto com a proteção dos direitos fundamentais como com a preservação do pluralismo de valores.

Palavras-chave: jurisdição constitucional, debate legislativo, agonismo, direitos, democracia

INTRODUÇÃO

Decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas nos últimos anos têm alimentado o debate acerca do limite entre as atuações do Judiciário e do Legislativo e, por conseguinte, também da legitimidade da jurisdição constitucional para decidir em casos de desacordo sobre direitos. Destacam-se, apenas como exemplo, as questões relativas às novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo, estabelecidas pela Lei 12.734/2012, e o projeto de lei que restringia o acesso de novos partidos ao Fundo Partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na TV (PLC 14/2013).

Em relação aos *royalties*, houve duas decisões polêmicas no STF, em contextos diferentes. Inicialmente, com a aprovação do PLS 448/2011, os *royalties* do petróleo passariam a ser divididos de maneira menos concentrada nos estados produtores. No entanto, ao sancionar o projeto, transformado na Lei 12.734/2012, a presidente Dilma Rousseff vetou as regras de redistribuição. Como resposta, o Congresso se mobilizou para derrubar o veto, mas o deputado Alessandro Molon, do

---

2 Mestrando em Direito Constitucional e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Analista legislativo do Senado Federal. Advogado e jornalista.

RJ, recorreu ao Supremo contra tal votação, alegando que, antes, deveriam ser votados outros 3 mil vetos acumulados ao longo dos anos (MS 31.816). Em decisão liminar, em dezembro de 2012, o ministro Luiz Fux determinou que o Congresso se abstivesse de realizar a votação, o que só veio a ocorrer em março de 2013, depois de decisão em sentido diverso do Pleno do Supremo.

Com a derrubada dos vetos, foi promulgado ainda em março o novo texto da Lei 12.734/2012, com os dispositivos antes vetados. Logo em seguida, porém, a ministra Cármen Lúcia acolheu liminarmente pedido de suspensão das novas regras veiculado na ADI 4.917, ajuizada pelo governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Em resposta, Renan Calheiros, presidente do Senado, afirmou em nota que a Advocacia-Geral do Senado atuaria para "defender a manifestação democrática da maioria expressada pelos congressistas" (AGÊNCIA SENADO, 2013a).

No caso do PLC 14/2013, diante da decisão liminar do ministro Gilmar Mendes, em 24 de abril de 2013, determinando a suspensão da tramitação da matéria no Senado, o presidente da Casa, Renan Calheiros, classificou a medida como uma "invasão" do Legisativo pelo Judiciário, enquanto o presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Eduardo Alves, afirmou esperar a revisão da posição em respeito ao "papel constitucional do Congresso" (AGÊNCIA SENADO, 2013b). Em junho, o Pleno do STF decidiu, no mérito, pela improcedência do pedido. O projeto acabou aprovado e sancionado em outubro, como a Lei 12.875/2013, mas já fora do prazo para produzir efeitos em relação às eleições de 2014.

Disputas como as relatadas – e houve outras nos tempos recentes – colocam em evidência, para além do tema da independência dos poderes, a ideia de primazia de um ou outro Poder na solução de desacordo sobre direitos e os limites da jurisdição constitucional, incluindo questionamentos sobre a possibilidade de controle de mérito ainda durante o processo legislativo.

O debate, em geral, é restrito a dois polos bem conhecidos: de um lado as cortes, apontadas como mais bem preparadas do ponto de vista técnico-jurídico e menos suscetíveis a pressões político-eleitorais e, portanto, aptas a tomar decisões contramajoritárias em defesa de direitos fundamentais; e do outro o Parlamento, defendido como igualmente habilitado a considerar todos os interesses envolvidos e dotado de maior legitimidade democrática para realizar a tarefa.

Esses dois polos são tipicamente associados, na ordem, ao liberalismo igualitário de autores como Rawls e Dworkin, que apresentam o consenso como um valor intrínseco, defendendo a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, e aos defensores do Parlamento como lugar mais propenso a oferecer as condições procedimentais necessárias para o debate democrático – e a participação efetiva do povo –, como Waldron e, em certa medida, Habermas.

Ambas as concepções, no entanto, acabam tomando como premissa o ideal de alcançar um consenso estável em torno da "melhor" solução possível. É possível, porém, examinar o desacordo também sob a perspectiva de que o dissenso é uma característica constitutiva das sociedades democráticas, na linha proposta por Chantal Mouffe. Segundo seu modelo agonístico, "a cidadania democrática pode assumir diferentes formas, e esta diversidade, longe de ser um perigo para a democracia, representa sua própria condição de existência" (2004, p. 389).

A proposta do presente trabalho é discutir a jurisdição constitucional e sua relação com o espaço de atuação do Legislativo no Brasil à luz da concepção de democracia radical, com pluralismo de valores em disputa permanente, buscando entendimentos diversos acerca dos papeis institucionais dos poderes e práticas que podem favorecer o princípio democrático. O objetivo é ir além da discussão sobre a quem pertence a "última palavra" do direito para perguntar se essa "última palavra" é uma exigência da democracia.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

Na definição clássica de Hans Kelsen, a jurisdição constitucional "é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais" (2013, pp. 123-124). O pressuposto disso é a noção de Constituição como fundamento do Estado, como "base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder" (2013, p. 131).

O princípio da supremacia da Constituição é o fundamento do controle judicial de atos legislativos, com base na compreensão de que a validade das normas jurídicas é condicionada à sua conformidade, material e formal, com o texto

constitucional.

O controle dos atos legislativos, nesse sentido, é a própria razão de ser da jurisdição constitucional. Se é certo que, até hoje, persiste o debate sobre quem deve ser o guardião da Constituição, inaugurado por Kelsen e Schmitt, o fato é que o controle jurisdicional de constitucionalidade existe no Brasil desde o fim do século 19. É referido pela primeira vez no Decreto 848/1890, anterior ainda à Constituição Republicana de 1891, inspirado inicialmente no *judicial review* americano e, com o tempo, adaptado às peculiaridades do *civil law*.

Não se discute, portanto, o papel institucional do STF de realizar o controle constitucional de atos normativos, muito embora se possa questionar a comum atribuição de maior capacidade técnica à Corte para rever as decisões do Parlamento ou sua maior inclinação para a proteção de direitos fundamentais (contramajoritários), a justificar até uma eventual suposta primazia para dar a "última palavra" em matéria constitucional (Benvindo, 2014).

Embora muito se fale na necessidade de impor limites ao controle jurisdicional, para impedir a usurpação de competências de outros Poderes, pode-se identificar no passado recente mudanças legislativas – como a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) – que têm ampliado seus espaços de atuação.

O certo é que o Brasil, ao longo de 125 anos, desenvolveu um modelo próprio de controle jurisdicional de constitucionalidade, aportando características tanto do sistema americano (controle difuso, concreto e subjetivo) quanto do sistema austríaco-europeu (controle concentrado, abstrato e objetivo).

Além desses dois tipos de controle, de caráter repressivo, admite-se uma hipótese de controle preventivo, ou seja, de vedação à própria tramitação de proposição legislativa, ainda sujeita à rejeição no âmbito do Parlamento ou, em certos casos, a veto pelo Executivo. A garantia que se busca assegurar, nesse caso, é a do devido processo legislativo, em conformidade com as regras constitucionais expressas (art. 59 a 69) – não abrangidas as regras regimentais consideradas atos *interna corporis*.

Quanto ao mérito, a jurisprudência do Supremo tem admitido o controle

preventivo de proposta de emenda à Constituição contrária às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), com o argumento comum de que esse tipo de matéria não se sujeita à sanção do presidente da República, sendo diretamente promulgada depois de aprovada nas duas casas do Congresso, enquanto outras espécies normativas devem passar ainda pelo crivo do Executivo. Seria possível questionar, quanto a isso, se outras espécies legislativas, igualmente de promulgação pelo próprio Parlamento, como projetos de resolução e projetos de decreto legislativo, estariam sujeitas ao controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo. E, ainda, por que normas de menor hierarquia, ainda que passíveis de veto, estariam livres de tal controle.

A possibilidade de ampliação dessas hipóteses, porém, não é nada remota. No próprio julgamento do MS 32.033, o ministro relator Gilmar Mendes explorou a ideia de proteção de direitos fundamentais (portanto abarcada pela contrariedade a cláusulas pétreas) de modo claramente ampliativo em relação à jurisprudência do STF, mencionando desde contrariedade à decisão anterior da Corte na ADI 4.430 até a garantia de “igualdade de chances” para as minorias políticas.

A expansão dos limites da jurisdição constitucional, aliás, suscita a discussão do que se convencionou chamar de ativismo judicial.

A doutrina tem reconhecido como primeiro registro da expressão uma matéria jornalística de autoria de Arthur M. Schlesinger, em edição da revista *Fortune* de janeiro de 1947, em que se apresentam perfis dos nove membros à época da Suprema Corte americana. Os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge são apresentados como “ativistas judiciais”; os juízes Frankfurter, Jackson e Burton, como “exemplos de autocontenção”; e os juízes Reed e Vinson como “intermediários”.

Na descrição de Schlesinger, os juízes ativistas partem da premissa de que, diante da ambiguidade de textos legais, precedentes e doutrina, há um espaço inevitável para escolhas políticas, sem que se recorra à falsa ideia de objetividade. É tarefa do julgador, nessa concepção, exercer a jurisdição para buscar a justiça e resultados sociais específicos. Os juízes autocontidos, por sua vez, acreditam que as leis têm significados bem definidos e qualquer interpretação que se distancie do texto é imprópria (Kmiec, 2004).

Ao longo dos anos, no entanto, o uso da expressão “ativismo judicial” se deu de forma inconstante, com ênfase em diferentes características, muitas vezes

consagrando um emprego do termo não para definir um tipo de comportamento do julgador, mas para desqualificar sua decisão.

Em síntese histórica, Branco ressalta que “essas oscilações, inevitavelmente, foram acompanhadas de acesos debates sobre o escopo e até sobre a própria validade em si do judicial review – que não tem, nos EUA, previsão constitucional expressa –, diante do atrito que a jurisdição constitucional provoca entre constitucionalismo e princípio democrático” (2009, p. 55).

Um dos principais esforços no sentido de conferir parâmetros mais objetivos para a discussão do ativismo foi empreendido por Bradley Cannon, em 1983, ao tentar estabelecer seis dimensões básicas do ativismo judicial. O *caráter majoritário* diz respeito ao grau de oposição da decisão a escolhas políticas feitas por meio de um processo democrático. A *integridade interpretativa* considera o grau de contradição em relação a decisões judiciais e posições doutrinárias anteriores. A *fidelidade interpretativa* avalia a relação entre a decisão, a intenção do legislador e o significado gramatical do texto.

Os outros aspectos a serem considerados são a *relação entre mudanças substantivas e interferência no processo democrático*; o *grau de definição direta da política pela decisão judicial*; e o *grau de restrição à avaliação do problema por outro poder* (CANNON, 1983, p. 239).

Para Cannon, o ativismo judicial é um fenômeno multidirecional, associado ao liberalismo ou ao conservadorismo, necessário ou desnecessário, ou mesmo dissociado de qualquer implicação ideológica ou política. Sua preocupação central é delinear uma estrutura básica para permitir a identificação desse comportamento.

No presente estudo, é essencial notar que, enquanto a discussão do ativismo no contexto americano se inicia logo após a Segunda Guerra e se desenvolve ao longo das décadas seguintes, no Brasil o tema só vai ganhar maior relevância com a expansão da jurisdição constitucional, a partir da Constituição de 1988, consagrando a adoção de um estado constitucional de direito, com base num modelo de constitucionalismo fundado na supremacia da Constituição e na ampliação dos instrumentos de controle judicial de constitucionalidade.

O modelo adotado pelo país, de inspiração inicial no controle difuso do modelo americano, mas hoje considerado um modelo misto, que reproduz também formas de controle concentrado e abstrato, e a possibilidade de controle prévio, também implica uma correlação específica com o ativismo judicial.

Ferreres Comella, por exemplo, associa o nível de centralização do modelo à propensão ao ativismo. Assim, uma corte que tem competência exclusiva para análise de constitucionalidade sofreria maior pressão e ao mesmo tempo teria mais condições para decidir a respeito de questões constitucionais (FERRERES, 2004).

No Brasil, segundo Ramos, há um elemento adicional: a inércia do Legislativo. Embora reconheça aspectos positivos numa postura mais ativista do Judiciário, ele se opõe à prática generalizada, que acaba resultando na reformulação do próprio texto legal pela Corte, substituindo-se ao legislador (2010).

A DEFESA DO LEGISLATIVO

Em oposição à amplitude da jurisdição constitucional, diversos autores propugnam a maior legitimidade democrática do Parlamento para dirimir os conflitos relacionados a direitos constitucionais (TUSHNET, 1999, WALDRON, 1999a, 1999b, 2006).

Tushnet, ao questionar um quase monopólio da Suprema Corte, defende um modelo em que as decisões sobre questões constitucionais sejam mais bem distribuídas – ele chega a cogitar de retirar toda responsabilidade da Suprema Corte na interpretação constitucional. O Congresso, para ele, é perfeitamente habilitado a fazer a interpretação dos preceitos constitucionais relacionados à igualdade e à liberdade (Constituição fina) sujeitos a controvérsia (1999).

Um dos principais pontos atacados pelos defensores de um papel mais prominente para o Legislativo é a constatação de que a concentração das decisões no Judiciário retira do povo seu direito legítimo a participar desse proceso. Também se questiona o argumento comum de que uma corte constitucional teria maior imparcialidade, já que não precisa “agradar” o eleitorado, para tomar decisões contramajoritárias em defesa de direitos fundamentais. Em relação a esse ponto, em particular, Tushnet menciona como exemplo decisões da Suprema Corte contrárias a

políticas de ação afirmativa.

Da mesma forma, Waldron refuta a compreensão de que o melhor caminho para lidar com desacordos sobre direitos é estabelecer um catálogo de direitos fundamentais – como o Bill of Rights americano – e encarregar as cortes de identificar violações, com autoridade para, nos casos devidos, sobrepor-se aos demais poderes, inclusive o Legislativo.

Segundo Waldron, é preciso ter mais dúvidas quando à afirmação de um catálogo de direitos, principalmente quando se tem como objetivo colocar esse catálogo fora do alcance do debate político ordinário e da possibilidade de reforma (1999a, p. 221).

É questionada, por exemplo, a posição de Dworkin, que se refere à ideia de "igual consideração e respeito" para advogar a necessidade de respeito aos direitos individuais, para além da defesa do "bem comum", independentemente da instância responsável pela decisão (DWORKIN, 2002).

Para Waldron, os defensores do modelo de controle de constitucionalidade devem observar os processos pelos quais as decisões são tomadas numa comunidade em situação de desacordo. As circunstâncias da política, ressalta, aplicam-se da mesma forma às questões sobre direitos e a outras questões que podem ser vistas como parte de uma agenda de menor importância. Teorias sobre direitos, assim como teorias sobre políticas públicas, precisam ser complementadas por teorias sobre a autoridade, que têm como função determinar como as decisões são tomadas quando os membros de uma comunidades divergem. Se as pessoas discordam em relação a direitos fundamentais, apesar de precisarem de uma estrutura conceitual em comum, uma teoria adequada sobre a autoridade não pode incluir nem ser qualificada por uma conceituação de direitos como "trunfos" que se sobrepõem às formas majoritárias de tomada de decisão.

Ao contrário, qualquer teoria sobre direitos como trunfos institucionais depende necessariamente da invocação anterior de um método de tomada de decisão coletiva, para definir qual das teorias concorrentes sobre direitos deve ser considerada a teoria sobre direitos que a sociedade adotará para esse propósito.

Nesse ponto, a crítica de Waldron se soma à de outros que questionam os

direitos como trunfos, como Pildes, que refuta a própria compreensão de que os direitos constitucionais protegem interesses individuais pontuais. Pildes destaca um entendimento estrutural segundo o qual diversos direitos constitucionais são na verdade justificados pelo fato de que, ao atenderem os interesses de uma parte, atendem também a interesses coletivos na realização de bens comuns (1998, p. 733).

Waldron reitera que as pessoas têm o direito de participar de todos os aspectos de um governo democrático. Esse direito deve ser entendido como direito a participar em termos igualitários em decisões sociais "de alto nível" e não só em assuntos pontuais.

> Nosso respeito por esses direitos democráticos é seriamente posto em dúvida quando são feitas propostas para transferir as decisões sobre o conteúdo de princípios básicos, do Legislativo para as cortes, do povo e de suas instituições representativas (ainda que reconhecidamente imperfeitas) para poucos homens e mulheres, supostamente dotados de sabedoria, erudição, virtude e de elevados princípios que, segundo se argumenta, são merecedores da confiança de que vão levar a sério as grandes questões levantadas (1999ab, p. 213, tradução livre)

O autor relativiza, por exemplo, o argumento de que o modelo fundado num catálogo de direitos e num controle jurisdicional de constitucionalidade seria democrático pelo simples fato de ter sido instituído por deliberação dos representantes do povo. Embora reconheça que a aprovação pelo Legislativo segue o princípio da participação, Waldron ressalta que existe uma diferença entre democracia e soberania popular. Em resumo, a aprovação de um modelo de controle jurisdicional poderia estar de acordo com a soberania popular e ainda assim ser, por suas características, menos democrático que um modelo que adotasse como espaço primordial de decisão sobre desacordos o Legislativo – pelas razões já apresentadas.

SOLUÇÕES (IM)POSSÍVEIS

Argumentos à parte, as opções que se confrontam quando se discute o espaço "ideal" para solução de conflitos sobre direitos – a jurisdição constitucional ou o Parlamento –, sejam informadas por uma ideia de racionalidade, seja condicionadas a um procedimentalismo discursivo, pressupõem ambas um consenso estável como destino. Esse entendimento se verifica nos comentários dos presidentes

das duas Casas do Legislativo, já mencionados, e reiteradamente se reproduzem, em sentido inverso, em manifestações de ministros do Supremo. Um exemplo foi a reação dos ministros à aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara (CCJC), em abril de 2013, da PEC 33/2011, que eleva o número de votos exigido para a declaração de inconstitucionalidade e submete ao Congresso os efeitos vinculantes de súmulas e a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais.

Disse o ministro Marco Aurélio: “Nós temos um sistema em que se verifica o primado do Judiciário. A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo.” (O ESTADO DE S. PAULO, 2013)

Apesar da oposição entre os discursos – a evocação do “papel constitucional do Congresso” de um lado e do “primado do Judiciário” do outro – os dois têm em comum a defesa de um consenso. No entanto, antes de se discutir a quem cabe a “última palavra”, a prerrogativa de fixar a interpretação “consensual”, não seria o caso de perguntar se esse consenso é desejável?

Ao propor um modelo agonístico de democracia, Chantal Mouffe destaca a função primordial do antagonismo, com base na compreensão de que o embate entre as diferentes posições é permanente e necessário. Ela não ambiciona uma justificativa racional para a democracia porque acredita que priorizar a racionalidade por meio de mecanismos comunicacionais deixa de lado um elemento central: o papel das paixões e emoções na garantia de respeito a valores democráticos (2005, p. 95).

Para Mouffe, o consenso racional fundamentado numa dimensão moral de justiça como igual consideração e respeito não deve ser defendido, por ser incapaz de acolher os antagonismos que estão no centro das sociedades pluralistas (2005, pp. 98-99). A missão democrática, portanto, seria conter o conflito de forma temporária, permitindo a expressão de visões antagônicas, sem permitir porém que ameacem a própria democracia.

A meta do modelo agonístico pluralista é permitir o relacionamento entre o “político”, que se refere ao antagonismo natural ao ser humano, e a “política”, que reúne as instituições, discursos e práticas que tentam organizar essa existência sempre potencialmente conflituosa (2005, p. 101). Os adversário no embate, por isso,

devem se tratar com tolerância.

O modelo proposto por Mouffe, porém, pode não ser tão “radicalmente” distinto de outras propostas, como o procedimentalismo habermasiano. Segundo Benvindo, por exemplo, é possível entender a crítica de Mouffe como uma tentativa de avançar um conceito de democracia dotado de contribuições do pensamento pós-moderno sem, no entanto, ser capaz de se afastar de alguns dos paradigmas modernos” (2010, p. 347).

Ao identificar pontos de contato entre Mouffe e Habermas, Benvindo salienta que o consenso é falível, frágil e instável, podendo ser comprometido por procedimentos voltados a permitir novos consensos. Nenhum consenso existe de modo democrático sem a possibilidade de opiniões divergentes, pois isso comprometeria a tensão entre forma e conteúdo (2010, p. 350). A proposta habermasiana, portanto, não traria o elemento de permanência visto por Mouffe como incompatível com um modelo em que o antagonismo – e a possibilidade de mudança – é essencial.

Por outro lado, o modelo de Mouffe parece não se compatibilizar com a concepção de direitos como “trunfos”, tão fundamentais aos valores da igualdade e liberdade que podem se sobrepor às deliberações de caráter democrático. É preciso, ressalta ela, que a teoria democrática abra espaço para a pluralidade de culturas e formas de vida existente (2004).

CONCLUSÃO

Os reiterados conflitos institucionais entre o Supremo e o Legislativo evidenciam que, diferentemente do discurso recorrente de um ideal de harmonia entre os Poderes, a preservar espaços bem delimitados de competência, o que se verifica na prática é um embate político pela primazia de dizer a “última palavra” em matéria de direitos.

As declarações aqui mencionadas, que refletem apenas uma pequena parcela dos atritos entre os Poderes Judiciário e Legislativo, contrastam, por exemplo, com as palavras do então presidente do Supremo Cezar Peluso ao apresentar a proposta do Terceiro Pacto Republicano, em 2001:

> A quadra histórica pede-nos um passo além na construção, não apenas de uma nova consciência cívica, mas sobretudo de uma revigorante cultura de solidariedade, interação e respeito institucionais entre os Poderes, nos limites que nos outorga a Constituição da República.

É a contradição permanente entre o discurso da “solidariedade, interação e respeito institucionais” e a prática de uma verdadeira disputa por mais poder que informa, no caso brasileiro, a reflexão acerca de um modelo para tratar as divergências em relação a direitos.

Os argumentos, em sede doutrinária, podem ser incisivos de ambas as partes. Ely, por exemplo, chega a afirmar que “é óbvio que nossos representantes eleitos são as últimas pessoas a quem devemos confiar a identificação de qualquer uma dessas situações [obstrução praticada pelos incluídos contra os excluídos e ação dos representantes da maioria para negar proteção à minoria]” (2010, p. 137).

Glendon, por sua vez, ao comentar a atuação da Suprema Corte no caso *Bowers v. Hardwick*, a respeito da criminalização de relações sexuais entre homens, avalia a decisão final como notável “pela falta de profundidade e seriedade das análises constantes do voto vencedor e da divergência” (1991, p. 151). [No caso, em votação por 5 a 4, a Corte considerou constitucional lei do estado da Georgia que criminalizava a sodomia.]

O modelo agonístico de democracia considera o dissenso condição da democracia e aceita o consenso apenas como solução provisória sempre sujeita a mudanças decorrentes do embate (respeitoso) entre os adversários. Ao que parece, o embate entre Supremo e Legislativo, no Brasil, reproduz de certa forma esse quadro: embora os dois lados reivindiquem a titularidade da “última palavra”, o que ocorre, no fim, é a continuação do embate, pontuada por hegemonias provisórias.

O fechamento da discussão constitucional fica, assim, apenas como “ameaça”. No entanto, persiste o problema de não se avançar no amadurecimento democrático, porque a relação segue somente de conflito e não de reconhecimento – exceto no discurso – da legitimidade democrática da outra parte. Talvez seja hora de substituir o antagonismo pelo diálogo e pela inclusão; trocar a última palavra por múltiplas palavras.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Renan: Congresso vai defender 'manifestação democrática da maioria'. Agência Senado. Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/03/18/renan-congresso-vai-defender-manifestacao-democratica-da-maioria>. Acesso em 24 nov. 2014.

AGÊNCIA SENADO. Renan diz que liminar do STF é invasão no Legislativo. Agência Senado. Brasília, 25 abr. 2013. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/25/renan-diz-que-liminar-do-stf-e-invasao-no-legislativo>. Acesso em 24 nov. 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 201, jan.-mar. 2014.

BENVINDO, Juliano Zaiden. On the limits of constitutional adjudication. New York: Springer, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. Saraiva: São Paulo, 2009.

CANNON, Bradley. Defining the dimensions of judicial activism. Judicature, vol. 66, n. 6, dez.-jan., 1983.

DWORKIN. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRERES, Victor. The consequences of centralizing constitutional review in a special courts: some thoughts on judicial activism. SELA Papers, paper 39, 2004.

GLENDON, Mary Ann. Rights talk: the impoverishment of political discourse. New York: Free Press, 1991.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. California Law Review, n. 92, oct. 2004.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

MOUFFE, Chantal. Teoria política, direitos e democracia. Tradução de Katya Kozicki. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 380-392.

______.. The democratic paradox. New York: Verso, 2005.

O ESTADO DE S. PAULO. Ministros do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoes-da-corte-ao-congresso,1025075>. Acesso em 24 nov. 2014.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. A theory of justice. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SUNSTEIN, Cass, e VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Michigan Law Review, vol. 101, 2002.

TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the courts. Princeton: Princeton University, 1999.

WALDRON. Law and disagreement. New York: Oxford University Press, 1999a.

______.. The dignity of legislation. New York: Cambridge University Press, 1999b.

______.. The core of the case against judicial review. Yale Law Journal, n. 124, 2006.

CAPÍTULO 2

DISCURSO DO ÓDIO: UMA ANÁLISE DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS À LUZ DO MOVIMENTO *CRITICAL LEGAL STUDIES*

Lourenço Paiva Gabina

RESUMO: O presente artigo apresenta uma exposição das ideias defendidas pelo movimento *Critical Legal Studies*, centrando-se na sua concepção de indeterminação do. As críticas ao formalismo jurídico e a construção de um pensamento crítico a partir do realismo jurídico são os pilares dessa doutrina. A partir dessas categorias teóricas, passa-se à análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 82.424-2, conhecido como *Caso Ellwanger*, no qual o tribunal analisou os limites à liberdade de expressão de ideias antissemitas contidas em livros editados pelo paciente, bem como da doutrina nacional relativa ao discurso do ódio. O texto demonstra que a discussão travada nesses campos é uma prova da correção da tese do CLS relativa à indeterminação do direito.

Palavras-Chave: *Critical Legal Studies*. Supremo Tribunal Federal. Caso Ellwanger. Ponderação.Doutrina.Discurso do ódio.

ABTRACT: This paper exposes the ideas of the Critical Legal Studies movement, specially about the indeterminacy thesis. The criticsof nineteenth century's formalism positivism and the develpment of a critical though about legal realism are thebasis of this movement. Sincethesetheoriccategories, thispaperanalysestheSupremo Tribunal Federal'sdecisionon*Habeas Corpus*number 82.424-2, alsoknown as Case Ellwanger, whereinthecourtanalysestherestrictionsoffreedomof speech aboutanti-semiticideas in books publishedbythedemander, and the national doctrine about this issue. The text shows that these discussionsproof the CLS indeterminacy thesis.

Keywords: Critical Legal Studies. Supremo Tribunal Federal.CaseEllwanger.Proportionality. Hate speech.

Introdução

A ideia de liberdade de expressão é um tema que sempre suscita controvérsias e discussões. Um dos aspectos polêmicos que o tema propõe é a questão do discurso do ódio, ou seja, a manifestação de expressões que visam a ofender determinados grupos. O direito tenta regulamentar essa prática, e a produção jurídica busca nos mais diversos princípios constitucionais (liberdade, igualdade,

democracia, pluralismo, dignidade da pessoa humana) a resposta para o problema. Essa busca produziu, como resultado, textos monográficos e uma decisão judicial do Supremo Tribunal Federal que espelham a dificuldade na interpretação desses princípios constitucionais.

Essa dificuldade pode ser explicada a partir da tese da indeterminação do direito, proposta pelos *Critical Legal Studies* (CLS). O objetivo do presente trabalho, portanto, é avaliar em que medida a indeterminação do direito resta exposta na produção acadêmica e jurisprudencial relativa ao discurso do ódio. A hipótese é a de que a doutrina e a jurisprudência produzidas no Brasil a respeito do discurso do ódio não conseguem superar as dificuldades impostas pela indeterminação do direito, de acordo com a proposta dos CLS. A argumentação apresentada nos textos em análise confirmam a tese da indeterminação do direito, de modo que o direito, da forma como manipulado, não se apresenta como instrumento apto à resolução do problema.

O primeiro ponto a ser estudado são os CLS, a posição dos autores que contribuíram para essa crítica ao direito e suas ideias principais. Após, o presente artigo se aprofunda na questão da indeterminação do direito, conforme a proposta dos CLS. Ao final, procede-se a uma análise da doutrina e da jurisprudência do discurso do ódio no Brasil, a fim de apontar as inconsistências advindas da indeterminação do direito.

2. Critical Legal Studies(CLS)

Direito é política[3]. Essa é a principal afirmação dos autores que formularam o movimento *Critical Legal Studies*(CLS), surgido nos Estados Unidos entre o fim da década de 60 e o início da década de 70, principalmente nas Universidades de Harvard (Cambridge) e Yale (New Haven). Segundo afirma LLEDÒ, jurista espanhol que estudou em Harvard e foi orientado por Duncan KENNEDY, o movimento tem como sua "data de nascimento" um encontro temático realizado na Universidade de Madison, chamado "ConferenceonCritical Legal Studies", organizado por KENNEDY e David TRUBEK. A carta de convocação, à qual também assinaram Roberto Mangabeira UNGER e Mark TUSHNET, assinalava uma

[3] TUSHNET, Mark. Critical legal studies: a political history. In: 100 Yale Law Journal, 1990-1991, p. 1517.Todas as citações de textos editados em língua estrangeira foram livremente traduzidos pelo autor.

"proposta para uma reunião de colegas que estão buscando desenvolver um enfoque crítico para o estudo do direito na sociedade"[4].

Os CLS é descendente direto do realismo jurídico norte-americano e do movimento direito e sociedade (*law-and-societymovement*)[5]. Apresenta influências do pensamento de Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes Jr. e Louis Brandeis (estes dois últimos foram juízes da Suprema Corte), entre outros[6]. Conforme explica TUSHNET, é possível distinguir dois grandes temas do pensamento realista: a) um caráter crítico ou negativo, representando uma série de ataques contra o formalismo clássico[7], a partir da crítica à ilusão de certeza e previsibilidade do direito, enfatizando a indeterminação da linguagem jurídica e, por conseguinte, a discricionariedade do intérprete; b) uma vertente construtiva, defendendo que o método dedutivo deve ser substituído por uma análise política da questão[8].

Os CLS, entretanto, critica essa vertente construtiva do Realismo Jurídico. Para GORDON,

> nós vemos os Realistas, que normalmente são criticados por 'terem ido tão longe', como não tendo ido longe o bastante, tendo recuado de seu programa de crítica antes de terem generalizado a crítica, do formalismo que vinham atacando - pensamento 'clássico' do século XIX - à estrutura do pensamento jurídico liberal em geral[9].

---

[4] LLEDÒ, Juan Perez. El movimiento "critical legal studies".Alicante: Universidad de Alicante, 1993, p. 39. "São, assim, destes três epicentros do pensamento jurídico norte-americano que surge o encontro de Madison e o movimento *CLS*: a. professores progressistas de Harvard, como Kennedy, Unger e Horwitz, b. professores afastados de Yale, a exemplo de Trubek e, c. setores do movimento *direito e sociedade*" (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao movimento critical legal studies. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 13).

[5] TUSHNET, Mark. Critical legal studies and constitutional law: an essay in deconstruction. In: 36 Stanford Law Review, 1984, p. 626.

[6]GODOY, *op. cit.*, p. 9.

[7]Das características do formalismo jurídico que interessam ao presente trabalho, pode-se destacar: "1) Crença de que um sistema jurídico é algo essencialmente completo e compreensivo, e contém portanto, respostas preexistentes para virtualmente todas as questões que se suscitam; (...) 4) Crença de que 'o verdadeiro Direito' consiste em regras de Direito da dogmática jurídica, independentemente da natureza ou do grau de divergência existente entre o Direito dos livros e o Direito em ação; 5) Crença de que a elevada abstração e generalidade são virtudes do Direito, e são portanto preferíveis às formulações concretas; (...) 7) Crença de que as decisões judiciais devem justificar-se mediante a subsunção de seu resultado a partir de conceitos gerais plasmados nas regras jurídicas relevantes; 8) Crença na certeza e na previsibilidade como os ideais jurídicos máximos" (ATIAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert Samuel. Form and substance in anglo-american law. Oxford: Clarendon, 1987, p. 251).

[8] Essa análise pode ser dividida em três elementos: a) avaliação dos interesses diretamente afetados na controvérsia, e das consequências da decisão em face desses interesses; b) atenção a interesses sociais (não abstratos), como promoção da liberdade e bem-estar material; c) o método do sopesamento (*balancing*) (TUSHNET, Mark. Critical legal studies: an introduction to its origins and underpinnings. In: 36 Journalof Legal Education, 1986, p. 505-507).

[9] GORDON, Robert W. Critical Legal Studies. In: 10 Legal StudiesForum, 1986, p. 336.Sobre o

Segundo Duncan Kennedy, os CLS se apresenta de quatro formas distintas: a) primeiro, há o "movimento" chamado CLS; b) a escola denominada CLS; c) uma teoria do direito chamada CLS; d) e, de tempos em tempos, há o factoide midiático que atende por CLS[10].

O movimento CLS é o projeto orientado à transformação da sociedade, a partir da criação de uma mentalidade de esquerda na academia;a escola de pensamento pode ser definida como o desenvolvimento de uma rede de escritores e professores que compartilham uma gama de ideias; a teoria do direito, ainda na concepção de Kennedy, é viva, composta de todos os textos escritos sob influência das ideias dos CLS; e como factoide, quando a mídia pretende definir que determinado doutrinador faz parte dos CLS, a fim de criar notícia[11].

Para Unger, que tentou sistematizar o pensamento do movimento CLS[12], duas tendências principais podem ser percebidas no movimento CLS: uma reconhece a doutrina passada e contemporânea como uma expressão de uma visão particular da sociedade, enquanto enfatiza o caráter contraditório e manipulável da argumentação jurídica; a outra surge das teorias sociais de Marx e Weber e da forma de análise histórica e social que combina métodos funcionalistas e objetivos radicais[13].

Gordon também observa o desenvolvimento desses dois campos de crítica realizados pelos CLS. Uma é a crítica tradicional de esquerda, que pode ser chamada de desmascaramento ideológico: você analisa um sistema de normas ou práticas jurídicas que pretendem se apresentar neutras, e simplesmente mostra que, em operação, é aplicada de forma desigual, favorecendo alguns interesses em detrimento de outros; a outra é a crítica à indeterminação, no sentido de que os pressupostos fundamentais do sistema são contraditórios, logo, não são capazes de determinar um

---

tema, é interessante a análise de TUSHNET: "É objeto de certa controvérsia se o CLS oferece algo que não ofereceram os realistas mais completos. Assim como Gordon, duvido que da resolução desta controvérsia surja algo realmente interessante. Como discutirei adiante, creio que o CLS aprofundou de várias maneiras as ideias básicas do realismo jurídico, mas, se isso é ou não uma inovação, parece-me uma questão carente de interesse (TUSHNET, *op. cit.*, 1986, p. 505).

[10] KENNEDY, Duncan. A critiqueofadjudication (fin de siècle). Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 9.

[11] *Idem*, p. 9-10.

[12] GORDON, *op. cit.*, 1986, p. 335.

[13] UNGER, Roberto Mangabeira. The critical legal studies movement.In: 96 Harvard Law Review, 1982-1983, p. 563.

conjunto de resultados[14].

A nós interessa, no presente trabalho, a concepção dos CLS no primeiro sentido exposto por Unger (ou, no segundo indicado por Gordon). Nesse aspecto, Trubek sintetiza os quatro princípios básicos da crítica: indeterminação, antiformalismo, contradição e marginalidade. Por indeterminação, entende-se que o arcabouço jurídico-normativo não é capaz de prover uma resposta determinada às questões nem de cobrir todas as possíveis situações; por antiformalismo, entende-se a rejeição a uma forma autônoma e neutra de argumentação e racionalidade jurídica por meio das quais os especialistas aplicam o arcabouço jurídico-normativo em casos concretos, alcançando resultados que sejam independentes de suas posições éticas e políticas; a contradição se reflete no fato de que o arcabouço jurídico-normativo expõe dois ou mais pontos de vista diferentes e que até mesmo competem entre si, não sendo nenhum deles coerente o suficiente para poder ser chamado de dominante; por fim, a marginalidade representa a crítica no sentido de que não há razão para crer que o direito é, de fato, o fator decisivo para a definição do comportamento social[15].

3. A Indeterminação do direito

A ideia de indeterminação do direito formulada pelos CLS se apresenta como uma ferramenta útil para análise da doutrina e jurisprudência objetos do presente trabalho. "Trata-se, provavelmente, da bandeira mais característica dos CLS, o sinal de identidade com a qual normalmente se define esse movimento"[16].

---

[14] GORDON, *op. cit.*, 1986, p. 338.

[15] TRUBEK, David. Where the action is: critical legal studies and empiricism. In: 36 Stanford Law Review, 1984, p. 578.É interessante o trecho do texto em que o autor descreve, de forma sintética, as consequências advindas da crítica: "A crítica à ordem jurídica apresenta um desafio aos estudiosos. Se a lei é indeterminada, todo estudo acerca do significado da norma se torna uma defesa de pontos de vista, ao invés de ser uma atividade 'neutra' ou 'científica'. Se não há uma forma distinta de argumentação jurídica, a argumentação doutrinária acerca da lei se funde em um debate político e ideológico. Se o material jurídico é, por natureza, contraditório, então a argumentação jurídica não pode encontrar fundamentos apenas neste material. Supondo que bons advogados estivessem limitados apenas ao material jurídico, todos os processos e debates acadêmicos terminariam em empate. E se o direito é marginal, qualquer arranjo normativo que vise a governar a vida social deve ser avaliado de modo extralegal, ou, pelo menos, 'à sombra da lei'. Ainda, sendo o direito indeterminado, contraditório, e parte de um debate político e ideológico, o direito em si mesmo não é nada mais que uma obscura e vaga fonte de guia normativo. O direito é, ele próprio, uma sombra" (*Idem*, p. 578-579).

[16] LLEDÓ, *op. cit.*, p. 473. O autor chama a atenção para o fato de que "a chamada

Conforme já observado, o Realismo Jurídico já se preocupava com a indeterminação das regras jurídicas, defendendo, a partir disso, que os fundamentos da decisão deveriam se guiar pelos interesses e finalidades das políticas que a norma visa a promover, valores gerais da sociedade e pelo método do balanceamento. A crítica dos CLS ao Realismo, conforme Tushnet[17], foca-se justamente em seu aspecto construtivo, tendo em vista a indeterminação presente nos elementos que caracterizam as propostas de resolução de questões jurídicas. De acordo com Kelman,

> há uma visão da indeterminação jurídica própria dos CLS que é claramente distinta da realista. Esta tese mais forte dos CLS é a de que continuamente o sistema jurídico está filosoficamente comprometido de maneira simultânea com normas contraditórias, sendo que cada uma dita o resultado oposto em qualquer caso.[18]

No mesmo sentido é a posição de Altman:

> Enquanto que os realistas acentuaram as regras em conflito, os CLSersacentuam (além das regras) os princípios e ideias em conflito, de fato irreconciliáveis. Entretanto, o tema básico é o mesmo: o juiz deve tomar uma opção que não está ditada pelo direito. De acordo com os CLS, a opção se dá entre os vários princípios e ideais em conflito que serão utilizados como guia para uma decisão. Opções distintas conduzem a resultados distintos. Portanto, a partir da perspectiva dos CLS, a invocação dos princípios só serve para levar a outro nível o ponto pelo qual se introduz a indeterminação e tem lugar a eleição judicial.[19]

Conforme explica Kelman, não se nega que,na prática do direito, é possível observar uma certa regularidade na aplicação de determinados princípios, privilegiando-se uma parte dos valores opostos presentes no sistema jurídico, de modo que seria possível, em certos casos, prever qual decisão será tomada pelo órgão julgador. Entretanto, segundo o autor, "enquanto a prática estável não é inalcançável,

---

'indeterminacythesis' constitui efetivamente um dos traços comuns (talvez a principal) mais característicos de todo o movimento. Mas à medida em que descemos desse nível tão geral de 'ideias-força', e buscamos os conteúdos concretos agrupados nesta bandeira, nos deparamos com uma grande pluralidade de argumentos e versões diferentes da mesma ideia genérica" (*Idem,* p. 473).

[17] "O CLS acata o aspecto crítico do Realismo Jurídico mas desafia o seu programa construtivo" (TUSHNET, *op. cit.*, 1986, p. 507).

[18] KELMAN, Mark. A guidetocritical legal studies.Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 13.

[19] ALTMAN, Andrew. Legal realism, critical legal studies and Dworkin.In: Philosophy and Public Affairs, vol. 15, n. 3, 1986, p. 54.

a tese dos CLS é a de que os esquemas justificatórios são inalcançáveis"[20]. Na visão dos CLS, o pensamento jurídico liberal dominante privilegia valores como o individualismo, o subjetivismo dos valores (no sentido da neutralidade do Estado), o discursointencionalista (no âmbito do direito penal e do direito privado), permitindo-se a previsibilidade do comportamento dos operadores do direito. O problema, segundo LLEDÒ, é que

> ainda que as convenções majoritariamente vigentes sigam sendo as mesmas, qualquer juiz ou jurista pode justificar plausivelmente um distanciamento entre elas, em muitos casos concretos, sem necessidade de esperar uma transformação generalizada na consciência jurídica coletiva. E sua justificação não deixaria de ser "jurídica"; inclusive poderia se apresentar com argumentos que estão presentes no discurso dominante: os valores reprimidos do discurso dominante estão aí, eles também pertencem e informam o Direito. O substrato valorativo do Direito, o conjunto de princípios jurídicos aos quais temos de nos socorrer para justificar as decisões, segue sendo incoerente, por mais que a cultura jurídica oculte essa incoerência dando prioridade a alguns princípios e não a seus opostos.[21]

Apesar das críticas desenvolvidas aos CLS[22], a tese da indeterminação do direito expõe com clareza o que a prática jurídica rotineiramente visa a ocultar. A

---

[20] KELMAN, *op. cit.*, p. 4.

[21] LLEDÒ, *op. cit.*, p. 488-489.Nessa linha, explica FISHER: "As convenções que guiam o julgamento são demasiado tênues de modo que o termo subordinado de cada uma das díades esteja sempre disponível para derrubar ou frustrar o termo dominante, e para instar os criadores do Direito a alterar drasticamente suas respostas a tipos particulares de casos. Não há um sistema de justificação integrado e coerente que subjaz e informa ao ordenamento jurídico como um todo. Como resultado, quase sempre é possível para um advogado ou acadêmico competente, utilizando argumentos extraídos do e comuns no 'discurso jurídico dominante', sustentar que um determinado caso poderia ser resolvido a partir de quaisquer das diferentes formas" (FISHER, Willian. The development of modern american legal theory and the judicial interpretation of the bill of rights. In: LACEY, Michael; HAAKONSSEN, Knud (orgs.). A culture of rights. The Bill of rights in philosophy, politics and law, 1791-1991. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 291).

[22] DWORKIN e POSNER tecem críticas que, a nosso juízo, não impugnam as teses propostas pelo CLS. Para DWORKIN, os CLS "parecem ignorar totalmente a distinção que há pouco consideramos crucial a qualquer argumento interiormente cético, a distinção entre competição e contradição de princípios. Essa falha é também muito evidente nos exercícios mais detalhados e doutrinários dos estudos jurídicos críticos, aí incluídos alguns que pretendem ser uma crítica categórica do direito como integridade" (DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 327-328). A crítica de DWORKIN é respondida por KENNEDY, ao tratar do método do sopesamento, conforme será visto adiante. Segundo POSNER, o direito é diferente da política, e "a escola do 'direito é política' também ignora a existência dos casos fáceis e exagera a importância dos casos indeterminados (que realmente são muitos) ao insistir que o direito só é direito quando se mostra à altura de sus mais extravagantes projetos de lei formalistas" (POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 206-207. Quanto a esse ponto, TUSHNET argumenta que as questões jurídicas realmente interessantes são aquelas que se submetem a normas indeterminadas, exigindo o debate. Ademais, o autor defende que, mesmo nos casos de normas determinadas, não duvida que, dependendo do contexto histórico e social, e das circunstâncias políticas do caso concreto, seja possível a aceitação de uma decisão diversa da prevista pela norma (TUSHNET, Mark. A critical legal studiesperspective.In: 38 Cleveland State Law Review, 1990, p. 138-139).

indeterminação do direito permite a manipulação do material jurídico de modo a permitir que a resposta desejada ao caso concreto possa ser amoldada a certos limites pressupostos do sistema, mantendo-se, assim, o mito da segurança jurídica[23]. Essa prática é visível quando se avalia o tratamento doutrinário e jurisprudencial, no Brasil, conferido ao tema do discurso do ódio e suas implicações constitucionais.

4. Discurso do ódio na doutrina e na jurisprudência no Brasil

Neste tópico, pretende-se avaliar a forma como a doutrina e a jurisprudência nacionais abordam a temática do discurso do ódio, à luz de uma crítica baseada nas propostas dos CLS. Para tanto, serão analisados os principais textos doutrinários a respeito do tema[24], bem como o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS, considerado pela doutrina e pelo próprio Supremo como o único caso em que se travou um debate a respeito do discurso do ódio na Corte.

A doutrina nacional refere-se ao discurso do ódio como "um discurso agressivo e incitador ao ódio para com determinados grupos étnicos, sociais, históricos, culturais e religiosos"[25]. "Ele consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias"[26].E, segundo Alex Potiguar, trata-se do discurso que "exprime ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os pelo simples fato de pertencerem àquele

---

[23] Muito antes do CLS, KELSEN (ainda que pela perspectiva do positivismo e da teoria pura) já afirmava que "A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo de cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente." (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito.8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 396.

[24] O critério de seleção da doutrina foi o da utilização de monografias publicadas sobre o tema. A pesquisa doutrinária foi realizada no acervo das bibliotecas de órgãos públicos sediados em Brasília (Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da República, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa do Distrito Federal, Tribunal de Contas do Distrito Federal, Ministério da Justiça) e das principais livrarias jurídicas do país, via *internet*.

[25]MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: RT, 2009, p. 23.

[26]*Idem*, p. 97.

determinado grupo"[27].

É unânime entre a doutrina pesquisada a afirmação de que o problema do discurso do ódio passa, necessariamente, por uma análise dos direitos fundamentais, principalmente a liberdade de expressão e a igualdade. Alex Potiguar fala em liberdade e igualdade, e na luta pelo reconhecimento da igualdade como diferença no Estado Democrático de Direito[28]. Meyer-Pflug alerta para o fato de que o discurso do ódio questiona os fundamentos e os limites do Estado Democrático de Direito, suscitando "conflitos de direitos fundamentais que se constituem na própria estrutura das sociedades democráticas, pois testa a abrangência e a extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, à dignidade da pessoa humana, aos direitos das minorias e a vedação à prática do racismo"[29]. José Emílio Medauar Ommati indaga: "afinal, qual a relação entre igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo (proibição do discurso de ódio) em nosso ordenamento jurídico?"[30].

Essa linha de abordagem decorre da mesma utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com um caso relativo a discurso antissemita no julgamento do Habeas Corpus n.º 82.424/RS. Nesse processo, conforme afirmado pela doutrina, o STF deparou-se pela primeira vez com a questão da limitação à liberdade de expressão em relação aos discursos de ódio. A demanda foi impetrada por SiegfriedEllwanger em face de acórdão do STJ que indeferira outro *writ*, visando ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em concreto, em virtude da condenação do paciente a dois anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 20 da Lei n.º 7.716/8931. O fato delituoso consistiu na edição e publicação de obras escritas de conteúdo antissemita, cujo fundamento assentava-se na doutrina nazista. O *habeas corpus* apresentava objeto restrito: a interpretação do art. 5º, XLII, da CF/88, que determina a imprescritibilidade do crime de racismo. A questão trazida na demanda, portanto, dizia respeito à definição de racismo, e, por conseguinte, se

---

27 POTIGUAR, Alex. Liberdade de expressão e o discurso do ódio. Brasília: Consulex, 2012, p. 16.
28 Idem, p. 117-166.
29 MEYER-PFLUG, *op. cit.*, p. 23.
30 OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 1.
31“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional” (Redação dada pela Lei n.º 8.081/90, à época do fato).

uma ofensa ao povo judeu consistia racismo. Entretanto, a discussão se estendeu para outro enfoque: os limites à liberdade de expressão em face de outros valores protegidos pela Constituição32.O objeto da demanda, portanto, transferiu-se para outra questão: se a edição de livros antissemitas configuraria ou não o exercício regular da liberdade de manifestação do pensamento, bem como se essa prática se chocaria com a previsão de respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à imagem, à vida privada e à honra.

É possível observar, do até aqui exposto, que a discussão a respeito do discurso do ódio é tratada a partir de normas indeterminadas, que permitem uma ampla gama de significados, e, portanto, diferentes resultados a partir da mesma fonte jurídica. Há uma tendência da doutrina e da jurisprudência em identificar o problema jurídico e, de pronto, submetê-lo ao amplo debate calcado em princípios constitucionais conflitantes. Verifica-se, no tratamento do tema, a presença da indeterminação do direito. O sistema jurídico protege diversos valores contraditórios entre si, e os operadores se sentem aptos a resolver o problema a partir da conciliação desses valores, que servem de proteção, de escudo, à exposição de suas pré-compreensões, ideologias, preconceitos e interesses a respeito do tema em discussão.

Diante desse quadro, o intérprete opta pelo resultado que entende adequado. Mas essa opção exige uma argumentação jurídica supostamente racional, a fim de que não reste explícita a verdadeira razão para a decisão, ou, como Fisher afirma, o aplicador vai se utilizar de um sistema de justificação que pretende seja integrado e coerente.A doutrina e a jurisprudência do discurso do ódio pretendem, a partir da análise de princípios contraditórios, resolver um problema prático. A questão denunciada pelos CLS, entretanto, é simples: o arcabouço jurídico-normativo, com seus princípios plurissignificativos e contraditórios, não serve como explicação para o resultado ao qual chega o aplicador.

Conforme Yablon,

> isso é o que os CLS chamam de 'contingência' da relação entre direito e resultado prático. Dado o alto número de formulações jurídicas possivelmente aplicáveis (todo

[32] A demanda, portanto, tinha um objeto restrito: o significado da expressão "racismo" prevista no art. 5º, XLII, da CF/88. Entretanto, alguns ministros levaram a questão para análise de um suposto conflito entre liberdade de expressão e igualdade (Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Marco Aurélio Mello), e apenas o ministro Gilmar Mendes tratou da questão com base na doutrina norte-americana acerca do discurso do ódio (*hate speech*), o que levanta uma dúvida quanto ao fato de o Supremo, realmente, ter se debruçado acerca do discurso de ódio.

> caso pode ser argumentado ao menos de duas maneiras) e o alto número de outras condições de fundo, os teóricos dos CLS podem tomar a forte posição no sentido de que nunca haverá uma relação necessária entre qualquer formulação jurídica e o resultado[33].

Nesse aspecto, Yablon faz uma interessante dissecação do argumento dos CLS a respeito da indeterminação do direito, que se apresenta útil na avaliação dos rumos que a doutrina e a jurisprudência do discurso do ódio tomam para a solução do problema. Yablon indaga: "o que os teóricos dos CLS estão negando quando eles negam a relação entre normas jurídicas e resultados?"34 O autor diferencia o conceito de causalidade de David Hume e John S. MILL - que serve para as ciências naturais - da explicação de eventos históricos:

> Na prática, este conceito de causalidade, ao qual Mills se refere como o conceito "filosófico" de causalidade, é principalmente aplicável nas ciências experimentais. Lá, eventos podem ser suficientemente controlados e generalizados de modo a criar uma grupo de condições limitadas e manipuláveis. Por exemplo, a proposição "o volume de um gás é determinado por sua temperatura e pressão" usa o termo "determinado" nesse sentido rigoroso da causalidade filosófica.
>
> Entretanto, quando esse conceito de causalidade é aplicado a eventos históricos particularizados, como a criação de uma regra judicial, cessa a sua utilidade como questão prática, e talvez até mesmo como teorética. Se, para fixar a 'causa' de uma decisão judicial, o aplicador deve todas as condições necessárias e suficientes que o guiaram àquela decisão, a impossibilidade desse empreendimento é óbvia. Enquanto que a existência e a apreensão pelo juiz de um variado material jurídico pode muito bem ser uma das condições, há inúmeras outras, que incluem a identidade do juiz, sua personalidade, seu treinamento jurídico, os advogados, a preparação destes, o treinamento destes, ad infinitum.35

---

[33] YABLON, Charles. The indeterminacy of the law: critical legal studies and the problem of legal explanation. 6 Cardozo Law Review, 1984-1985, p. 924. Para GORDON, "a tese da indeterminação do CLS é a de que simplesmente nenhuma dessas normas são necessariamente consequências da adoção de resultados de um dado regime de regras" (GORDON, Robert.Critical legal histories. 36 Stanford Law Review, 1984, p. 125.

[34] YABLON, *op. cit.*, p. 923.

[35] *Idem,* p. 923-924.Uma abordagem semelhante é a da retórica analítica: " o conceito de silogismo não é meramente uma ilusão. Ele é uma ilusão, mas uma ilusão com efeitos poderosos sobre a realidade. O silogismo é uma das idéias subjacentes mais fortes dentro do pensamento ocidental e do processo decisório jurídico e, desse modo, ele molda o discurso jurídico, por vezes a tal ponto que se confunde com a própria realidade - como se a argumentação jurídica fosse silogística. (...)Do ponto de vista retórico, o silogismo não é um método de decisão mas sim um estilo de apresentação da decisão legal. (...)um bom juiz, dentro de um sistema jurídico extensivamente codificado, nunca se permite citar a maioria das premissas maiores dos silogismos que ele pretensamente toma como base de sua decisão. Minha hipótese é que, em sistemas jurídicos extensivamente codificados, o juiz nunca verbaliza qualquer premissa maior. Em sistemas jurídicos com um grau mais baixo de codificação, o juiz muitas vezes explicita uma ou duas premissas dentre as dez, vinte ou cinqüenta a que está aludindo. Em outras palavras, o aconselhamento acadêmico no sentido de tornar todas as normas explícitas é muito contraproducente" (SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! In: Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, n.7. Recife: UFPE, 1996, p. 251-273.

Essas observações, combinadas com a tese da indeterminação dos CLS, relativa à possibilidade de que, a partir do arcabouço jurídico-normativo é possível suscitar diversos resultados contraditórios para o problema jurídico, nos permitem concluir que a proposta dos CLS, em suma, é a seguinte: resultados jurídicos nunca podem ser adequadamente explicados a partir do sistema jurídico[36].

É o que se verifica da solução encontrada pela doutrina para a resolução da questão do discurso do ódio. Meyer-Pflug, por exemplo, lista as "convenções majoritariamente vigentes", os "termos dominantes" que sustentam, no momento, o seu argumento (pois poderiam perfeitamente sustentar o argumento contrário): "A tradição pátria sempre foi no sentido de privilegiar a liberdade, a democracia, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana e foram esses os valores amplamente prestigiados pela Constituição de 1988"[37]. Mais adiante a autora afirma que a liberdade de expressão é elemento essencial ao regime democrático e ao pluralismo[38], sendo que "o pluralismo pode ser visto como a dimensão política do direito à liberdade"[39].Daí decorre a conclusão de que "assegurar o direito de opiniões adversas, como o discurso do ódio, é um preço que se deve pagar para preservar o tão valioso valor da democracia"[40].

Potiguar, na mesma linha, lista os princípios já amplamente reconhecidos pela prática jurídica atual, de modo a justificar a sua posição sobre o tema (os mesmos citados por Meyer-Pflug): "No paradigma vigente, entretanto, a liberdade e a igualdade são reinterpretadas como direitos que implicam, expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, composta por indivíduos que se reconhecem como seres livres e iguais"[41]. O autor, entretanto, após citar Mills, Dworkin, Holmes e outros autores que defendem a plena liberdade de expressão como meio mais apto ao combate a discursos de ódio, conclui em sentido contrário: "Ocorre, no entanto, que esse cenário é simplesmente inviabilizado pelo hate speech, que está muito mais próximo de um ataque de que de uma participação num debate de opiniões"[42]. O

---

[36] YABLON, *op. cit.*, p. 929-930.
[37] MEYER-PFLUG, *op. cit.*, p. 221.
[38] *Idem,* p. 222.
[39] *Ibidem,* p. 225.
[40] *Ibidem*, p. 227.
[41] POTIGUAR, *op. cit.*, p. 119.
[42] *Idem*, p. 132. A liberdade de expressão só ganha verdadeiro sentido em uma sociedade aberta e plural, num espaço público que possibilite o livre intercâmbio de opiniões, desde que garantidos pelos princípios da igualdade e liberdade, em que o exercício dos direitos de uns depende das possibilidades

autor ainda se utiliza, dentre os mais diversos argumentos e autores, da concepção de Dworkin a respeito do direito como integridade43 (o que é curioso, conforme será visto adiante), para afirmar que "nesse sentido, é evidente a inconsistência de um discurso que negue a própria visão do outro como portador de direitos"44.

Da doutrina citada é possível observar a correção da tese da indeterminação levantada pelos CLS. Ambos os doutrinadores partiram de argumentos extraídos do "discurso jurídico dominante", das "convenções majoritariamente vigentes", utilizando-se dos "termos dominantes" amplamente reconhecidos, tais como a liberdade de expressão, a igualdade, o Estado Democrático de Direito[45], a dignidade da pessoa humana. Entretanto, as conclusões se deram em sentidos opostos. Houve o empate.Os termos dominantes e subjacentes das díades

---

do exercício dos direitos de outros. Portanto, a liberdade de expressão só se manifesta em sua totalidade quando os indivíduos estão munidos de igual liberdade" (*Ibidem*, p. 139).

[43]Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade." (DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 272). A integridade, portanto, é uma virtude política. "De início, Dworkin apresenta a integridade como um 'ideal' ou 'virtude' política que encerra a exigência geral de que os poderes públicos se conduzam não de modo caprichoso ou arbitrário, mas de forma coerente, ou seja, de acordo com um único sistema coerente de pautas de correção e de retidão, que o próprio autor caracteriza como os princípios da justiça, da equidade e do devido processo, ainda quando na comunidade política existam desacordos mais ou menos profundos a propósito de quais são precisamente as exigências da justiça, da equidade e do devido processo" (PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. In: Doxa – Cuadernos de Filosofia delDerecho, vol. 26, p. 15-16). À ideia de integridade, associa-se a exigência de *coerência*. A coerência decorre da noção de integridade, mas não se trata de uma determinação no sentido de que os juízes estariam vinculados aos precedentes do passado. Em*Levando os direitos a sério*, DWORKIN constata a "força gravitacional dos precedentes", defendendo que o juiz deve avaliar os princípios que fundamentaram as decisões do passado em casos semelhantes, a fim de que estes sejam os norteadores da sua decisão no presente (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 172-180). Mas é em *Uma questão de princípio* que DWORKIN estabelece a relação entre direito e literatura, e, assim, expõe com maior clareza a noção de coerência, com o exemplo do romance em cadeia (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-240).

[44] POTIGUAR, *op. cit.*, p. 177

[45]"O conceito de *Ruleof Law*, segundo os CLS, não existe na forma em que a doutrina dominante entende. O que existe é um *Estado Político*, no sentido de que todas as decisões são essencialmente políticas. Na medida em que é utilizado como recurso de legitimação do modo de decidir aceito como válido, o conceito de *Ruleof Law* serve à legitimação de um estado de opressão e dominação" (FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. In: Revista de informação legislativa, v. 44, n. 175,p. 41-65, jul./set. 2007, p. 45). Em sentido crítico à ideia de Estado de Direito é a posição de MATTEIeNADER (que não fazem parte do CLS), sob outra perspectiva: "Como a maioria dos historiadores contemporâneos reconhece, o surgimento do Estado de Direito foi, na verdade, o triunfo da estrutura medieval sobre a modernização" (MATTEI, Ugo; NADER, Laura. Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 19). "Do modo como é concebido hoje, infelizmente, o Estado de Direito constitui um limite eficaz a qualquer contestação do *status quo*. Isto porque o seu uso confere um grau de respeitabilidade ética e aceitabilidade moral à resistência egoísta dos mais fortes e ricos em restituir aos mais fracos e pobres uma parte da injusta quota de recursos globais por eles acumulada por meio da pilhagem" (*Idem*, p. 351).

normativas foram manipulados a partir da opinião pessoal de cada autor, de modo a ocultar as inclinações, preconceitos e experiências pessoais e profissionais que certamente influenciaram na tomada de uma posição a respeito de um tema que, seguramente, envolve questões ideológicas, como o racismo e a homofobia.

Verifica-se, conforme Kelman, que os esquemas justificatórios são inalcançáveis nos argumentos expostos. O silogismo adotado pelos autores, cuja premissa maior é preenchida por princípios polissêmicos, não apresenta as verdadeiras condições e pressupostos que os levaram a decidir da forma como decidiram. Conforme explica Yablon,

> Considerando que os teóricos dos CLS compartilham a ideia de que o direito e as diretrizes políticas existem para justificar qualquer resultado legal, a *escolha* do julgador por alguma regra jurídica particular é que deve ser explicada. Isso é verdade mesmo quando o julgador se sente constrangido por uma norma, e não reconhece que, em verdade, escolheu essa norma. (...) Assim, a questão da indeterminação do direito proposta pelos teóricos dos CLS os leva a procurar explicações não em normas jurídicas ou diretrizes, mas em motivações conectadas a uma norma ou diretriz particular, e os leva à suas preocupações com a relação entre as motivações e o direito.[46]

O problema está, portanto, na ausência de critérios claros acerca do que entende cada autor a respeito da liberdade de expressão, da igualdade, da dignidade da pessoa humana. As preferências pessoais de cada um restaram encobertas a partir da menção a princípios que sequer são colocados a debate, sendo tomados como premissas incontestáveis que desembocam em uma conclusão – seja esta qual for.

Na mesma linha dos estudiosos do discurso do ódio citados, Ommati se debruça sobre os princípios da liberdade de expressão, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Contudo, o autor se utiliza, assim como Potiguar, do pensamento de Dworkin para emitir sua posição acerca do tema:

> Assim, defenderei nesse capítulo tanto a inadequação do princípio da proporcionalidade quanto a possibilidade de aplicação das ideias de

---

[46] YABLON, *op. cit.*, p. 931-932. Continua o autor: “A partir dessa visão, o direito é meramente um método útil de se colocar uma falsa camada de objetividade à decisões judiciais baseadas em preconceitos e simpatias. Essa visão, que pode ser encontrada entre os Realistas, implica que qualquer estudo sistemático do arcabouço jurídico é de pouco valor. As fontes e a explicação das decisões valorativas dos juízes (se é que podem ser encontradas) serão encontradas no estudo acerca de como as simpatias e os preconceitos do juiz foram formadas – problema o qual as ciências sociais deveriam lançar luz – mas não na análise do corpo jurídico” (*Idem*, p. 932).

> Ronald Dworkin relativas à única solução correta e ao ideal de integridade no Direito como formas de restabelecer a legitimidade das decisões judiciais e a própria coerência do Direito Brasileiro, termo esse entendido não mais como simples seguimento do que decidido pelos juízes anteriores, mas como consistência com a nossa história institucional e com o projeto constituinte assumidos pelos Constituintes Brasileiros de 1986-1988 e por todos nós como continuadores desse projeto de Direito e de sociedade.[47]

Após discorrer acerca da doutrina de Dworkin, o autor defende a proibição do discurso do ódio, com base na concepção de igual consideração e respeito[48]:

> No entanto, se democracia significa livre formação das ideias, ou seja, respeito pela autonomia pública dos cidadãos, também significa respeito pela igual consideração por todos, ou seja, pela autonomia privada dos mesmos cidadãos. Se uma democracia é o melhor regime de governo, é justamente porque concede a todos e trata a todos com a mesma consideração e respeito, como sujeitos livres e iguais que se vêem parceiros de um projeto político e coletivo comum.[49]

Assim como Potiguar, Ommati manipula o instrumental teórico dworkiniano para fundamentar a sua posição a respeito da questão da liberdade de expressão e do discurso do ódio. A doutrina, portanto, é utilizada como capa protetora das opiniões pessoais, preconceitos e ideologias dos autores, de modo a expressar um caráter de objetividade em suas opiniões.

Essa manipulação se torna evidente quando se verifica que Dworkin expressamente se manifestou acerca da plena liberdade de expressão e em defesa da possibilidade de emissão de discursos de ódio. Ao comentar um caso que seria julgado pela Suprema Corte50, Dworkin afirma que "é muito importante que a Suprema Corte confirme que a Primeira Emenda protege até mesmo essas formas de expressão; que ela protege, como disse Holmes, até mesmo as expressões que

---

[47] OMMATI, *op. cit.*, p. 120-121.
[48] "Logo, podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça" (DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 281.
[49] *Idem,* p. 148.
[50] Trata-se do caso *R.A.V. vs. St. Paul*, que versa sobre uma regulamentação da cidade de St. Paul que proibia a exposição de símbolos que pudessem causar raiva, medo ou ressentimento em outras pessoas em virtude de sua raça, cor, crença, religião ou gênero.A Corte anulou a norma, com base na Primeira Emenda, que veda o controle de discursos baseados em seu conteúdo (US SupremeCourt. R.A.V. vs. St. Paul, 505 US 377, 1992)

odiamos"51. Especificamente quanto ao discurso do ódio, Dworkin afirma, com base na ideia de democracia, que

> A democracia justa requer o que nós podemos chamar de fundamentos democráticos: requer que, por exemplo, todos os adultos capazes tenham direito a voto e a decidir acerca da vontade da maioria. E requer, além disso, que cada cidadão não tenha apenas o direito a voto, mas o direito a voz (...). Nós podemos e devemos proteger mulheres, homossexuais e membros de grupos minoritários das consequências danosas do sexismo, intolerância e racismo. (...) Mas não podemos intervir proibindo qualquer expressão de atitudes ou preconceitos que consideramos que alimente a injustiça ou a desigualdade, porque se interviermos cedo demais no processo por meio do qual a opinião coletiva é formada, prejudicamos a única justificação democrática que nós temos para insistir que todos obedeçam tais leis, mesmo aqueles que as odeiam.[52]

Potiguar se baseia em Dworkin para defender a proibição do discurso do ódio. Ommati também, e afirma que Dworkin não aplicou corretamente sua própria doutrina53. Dworkin, certamente, se fundamenta em Dworkin - e provavelmente conhece mais acerca de suas ideias do que o autor brasileiro - para se posicionar a favor da plena liberdade de expressão de discursos de ódio. Mais uma vez, o arcabouço jurídico-normativo autoriza divergências a partir dos mesmos pressupostos. Asconcepções de democracia, de igualdade, de liberalismo, de igual consideração e respeito (afinal, o pensamento de Dworkin também pode ser considerado uma "convenção majoritariamente vigente) permitem conclusões opostas sobre o mesmo tema. Não são, portanto, suficientes para embasar a decisão, não são claras - são, portanto, indeterminadas -, não restando explícita a verdadeira motivação que levou os citados autores a emitirem posicionamentos díspares a respeito do mesmo tema, partindo dos mesmos pressupostos. É exatamente essa

---

[51]Segue o autor: "Isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificação constitutiva da liberdade de expressão: porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e *nenhuma* censura de conteúdo é compatível com esse compromisso" (DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 327).

[52] DWOKIN, Ronald. Foreword.In: WEINSTEIN, James; HARE, Ivan.Extreme speech and democracy. 2009, p. iv.

[53] "Nesse ponto, mostrarei que a própria compreensão de Ronald Dworkin no sentido de que os discursos, mesmo os mais perversos e racistas, não podem ser proibidos em nome do igual respeito e consideração que um regime democrático deve ter por todos os indivíduos, nega justamente o igual respeito e consideração daqueles que foram discriminados. Em outras palavras, mostrarei que a posição de Dworkin, nesse aspecto, é contraditória com as premissas levantadas pelo próprio autor" (OMMATI, *op. cit.*, p. 2).

ocultação que os CLS denunciam, ao concluir que o direito não é o fator determinante da decisão.

No âmbito jurisprudencial, o problema se mantém. Conforme já mencionado, o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito da liberdade de expressão de discurso antissemita, por meio da edição de livros com o referido conteúdo.Para o presente trabalho, interessam os votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, que, como já exposto, se dedicaram a ponto diverso do objeto específico da causa em debate. Discutiu-se, nos votos, se a edição de livros antissemitas configuraria ou não o exercício regular da liberdade de manifestação do pensamento, bem como se essa prática entraria em conflito com a previsão constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à imagem, à vida privada e à honra.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, reconheceu que o caso concreto expressava uma verdadeira colisão de princípios, a ser solucionada mediante o juízo de proporcionalidade[54].No mesmo sentido posicionou-se o ministro Marco Aurélio Mello, ao reconhecer que “estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação de valores”[55]. Novamente, estabelecem-se os parâmetros de julgamento já consagrados pela comunidade jurídica, listando-se um rol de valores constitucionalmente positivados e afirmando-se a existência de um conflito a ser solucionado por meio de um método que também

---

[54] "É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 657-658). A respeito do princípio da proporcionalidade, ver ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 85-120;ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofia delderecho. In: Doxa – Cuadernos de Filosofia delDerecho, vol. 32. Alicante: Universidade de Alicante, 2009, pp. 67-84; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2008. [Disponível em <http://hdl.handle.net/10482/5128> Acesso em 21.10.2013].

[55]“Refiro-me ao intricado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 869-870).

já amplamente aceito. Arma-se, portanto, a camada argumentativa protetora, calcada em direitos fundamentais inimpugnáveis, que permite a produção de uma decisão na qual as concepções prévias, preconceitos, ideologias e experiências pessoais se mantêm encobertas.

Esses pressupostos, contudo, se revelam quando se observa que, apesar da identidade metodológica, os votos foram proferidos em sentido oposto. O ministro Gilmar Mendes entendeu que a condenação é adequada para se alcançar a salvaguarda de uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância; é necessária, pois não há outro meio menos gravoso e eficaz para se alcançar o fim almejado, pois a própria Constituição impõe a criminalização do racismo e o qualifica como crime imprescritível; e a decisão atende à proporcionalidade em sentido estrito, já que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência.[56]De outro lado, em seu voto, o ministro Marco Aurélio Mello afirmou que a) condenar o paciente e proibir a divulgação de suas obras não é o meio adequado para acabar com a discriminação do povo judeu, pois a mera transmissão de seu pensamento não implica a concordância do leitor, nem significa que passarão a discriminar judeus; b) já que não é possível a aplicação de outro meio menos gravoso, deve o STF conceder a ordem; c) a restrição não é proporcional, pois não há indícios de que as publicações incitarão práticas de violência contra judeus.

O que se observa, no exemplo acima citado, é, mais uma vez, a indeterminação do direito, conforme a tese dos CLS. As mesmas normas, os mesmos pressupostos, o mesmo método, resulta em duas respostas totalmente opostas. A questão que surge é a seguinte: quais os reais motivos que levaram os ministros a julgarem da forma como julgaram? Certamente, não foram os princípios da liberdade, da igualdade nem da dignidade da pessoa humana. Não foi a ponderação de princípios de Alexy. Resta claro que não foi um comando geral, objetivo, impositivo, neutro, que determinou aos ministros que eles tomassem as suas respectivas decisões, como eles tentaram nos fazer crer.

Uma investigação mais atenta dos votos pode nos aproximar de uma dentre tantas causas que levaram às decisões proferidas pelos magistrados. Do voto do ministro Gilmar Mendes, percebemos, inicialmente, uma apresentação da

---

[56]*Idem*, pp. 669-670.

concepção de liberdade de expressão e de discurso de ódio, ao lado de máximas no sentido da impossibilidade de se atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão. O voto segue para a análise do princípio da proporcionalidade, limite do limite, núcleo essencial, adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais)57.Passa-se, enfim, à análise do caso concreto, dos textos antissemitas publicados, para se concluir o seguinte: "Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus"58. Este é o fundamento mais importante dessa parte do voto. Trata-se, aqui, da análise das consequências que a manutenção do acesso público aos escritos antissemitas podem causar à comunidade. Esse fundamento é tão importante que o Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, tratou de impugná-lo. Em sua análise a respeito dos elementos do princípio da proporcionalidade, o Ministro indaga: "Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação à violência (...) transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?"59.

Observa-se que, nos dois votos que aplicaram o juízo da proporcionalidade, a questão em debate não dizia respeito aos requisitos e pressupostos da teoria (exatamente pelo fato de se tratar da mesma teoria), mas ao contexto histórico da discriminação do povo judeu no Brasil, bem como às consequências advindas da leitura dos livros do paciente. Esse foi o debate real, que restou coberto por meio da aplicação dos princípios e métodos decisórios que a comunidade jurídica de fato espera que sejam utilizados pelos magistrados. Na perspectiva dos CLS, é possível afirmar que essa posição tomada pelos ministros a respeito do caso concreto, de avaliação das consequências do discurso do ódio, se apresenta mais eficaz no que concerne à exposição dos motivos que fundamentam a decisão. Trata-se, de fato, de uma explicação, no sentido defendido por Yablon, que, ao contrário do apelo a valores, permite que a sociedade conheça os pressupostos que efetivamente embasaram a decisão, de modo que seja possível a sua análise e crítica

[57] Fica evidente ao apelo ao recurso da enumeração de "convenções majoritariamente vigentes" a fim de objetificar a opinião exposta no voto.

[58] *Ibidem*, p. 670.

[59] *Ibidem*, p. 888.

quanto ao conteúdo.

Conclusão

A partir de uma análise dos textos doutrinários e da jurisprudência do discurso do ódio produzida pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se a correção da tese da indeterminação do direito. O material jurídico produzido acerca do discurso do ódio busca uma solução do problema a partir de normas abstratas, que admitem diversos significados, sem, contudo, reconhecer essa dificuldade. Os aplicadores, aqui, não atentam para a indeterminação do direito no ponto, e, por conseguinte, a insuficiência dos princípios, das teorias constitucionais e dos métodos de interpretação consagrados, para a solução da questão.

Os efeitos dessa insistência na objetividade e determinação das normas, bem como na possibilidade de se alcançar uma resposta correta a partir da interpretação dos dispositivos constitucionais, acaba por gerar posicionamentos opostos a respeito do tema. Posições estas calcadas nos mesmos princípios e nos mesmos métodos de interpretação. É sintomático dessa situação o entendimento de Ommati, ao afirmar que a sua interpretação da doutrina de Dworkin é melhor que a do próprio Dworkin, no que toca às conclusões do autor norte-americano acerca da liberdade de expressão. Assim, apesar de os CLS não apontarem diretamente o caminho a ser seguido para a aplicação do direito, a sua crítica é útil para expor o tipo de argumentação jurídica que não contribui para a solução dos problemas cotidianos que desafiam o direito.

Referências

ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofia delderecho. **In: Doxa – Cuadernos de Filosofia delDerecho,** vol. 32. Alicante: Universidade de Alicante, 2009.

________. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALTMAN, Andrew. Legal realism, critical legal studies and Dworkin.In: Philosophy and Public Affairs, vol. 15, n. 3, 1986.

ATIAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert Samuel.Form and substance in anglo-americanlaw.Oxford: Clarendon, 1987.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites.** 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2008. [Disponível em <http://hdl.handle.net/10482/5128> Acesso em 21.10.2013].

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

________. O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

________. O império do direito.2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

________. Foreword.In: WEINSTEIN, James; HARE, Ivan.Extreme speech and democracy.2009.

________. Levando os direitos a sério. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. In:** Revista de informação legislativa, v. 44, n. 175,p. 41-65, jul./set. 2007.

FISHER, Willian. The development of modern american legal theory and the judicial interpretation of the bill of rights. In: LACEY, Michael; HAAKONSSEN, Knud (orgs.). A culture of rights.The Bill of rights in philosophy, politics and law, 1791-1991.Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao movimento critical legal studies.Porto Alegre: SAFE, 2005.

GORDON, Robert. Critical legal histories.In: 36 Stanford Law Review, 1984.

________. Critical legal studies.In: 10 Legal Studies Forum, 1986.

KELMAN, Mark. A guidetocritical legal studies.Cambridge: Harvard University Press, 1987.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito.8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KENNEDY, Duncan. A critiqueofadjudication (fin de siècle). Cambridge: Harvard University Press, 1997.

LLEDÒ, Juan Perez. El movimiento "critical legal studies".Alicante: Universidad de Alicante, 1993.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: RT, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximaciónalpensamiento de Ronald Dworkin. **In: Doxa – Cuadernos de Filosofia delDerecho,** vol. 26.

POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POTIGUAR, Alex. Liberdade de expressão e o discurso do ódio. Brasília: Consulex, 2012.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! In: Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, n.7. Recife: UFPE, 1996.

TRUBEK, David. Where the action is: critical legal studies and empiricism. In: 36 Stanford Law Review, 1984.

TUSHNET, Mark. Critical legal studies and constitutional law: an essay in deconstruction. In: 36 Stanford Law Review, 1984.

________. Critical legal studies: an introduction to its origins and underpinnings. In: 36 Journal of Legal Education, 1986.

________. A critical legal studies perspective.In: 38 Cleveland State Law Review, 1990.

________. Critical legal studies: a political history. In: 100 Yale Law Journal, 1990-1991.

UNGER, Roberto Mangabeira. The critical legal studies movement.In: 96 Harvard Law Review, 1982-1983.

YABLON, Charles. The indeterminacy of the law: critical legal studies and the

problem of legal explanation. 6 Cardozo Law Review, 1984-1985.

CAPÍTULO 3

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4650 - LIMITES DE GASTOS DE CAMPANHA POLÍTICA À LUZ DA DEMOCRACIA CO-PARTICIPATIVA DE RONALD DWORKIN

Marilene Carneiro Matos

RESUMO:O modelo de financiamento de campanha tem sido objeto de intensos debates, que trazem à tona diversos questionamentos acerca do tipo de democracia que se tem e o modelo que se deseja. É especial objeto de preocupação de diversos setores – jurídico e político – a crescente influência do poder econômico sobre o resultado das eleições. O problema é que, caso persista a situação atual de interferência do poder econômico sobre o político, parcela considerável da população poderá ser alijada, tanto da competição eleitoral quanto dos rumos das políticas estatais. Com o ajuizamento, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, requer-se uma verdadeira revolução na dinâmica do custeio das campanhas eleitorais, a qual traria consideráveis repercussões no direcionamento das atividades Estatais. No presente trabalho, pretende-se analisar a questão à luz das ideias de Ronald Dworkin no que toca à liberdade de expressão, em entrelaçamento com a igualdade e a democracia, na concepção co-participativa. Dessa feita, considerando-se que as campanhas políticas relacionam-se diretamente com a escolha dos representantes políticos, o estudo pretende contribuir para o entendimento e a concretização dos princípios fundamentais da igualdade e da democracia, tendo como marco teórico o estudo de Ronald Dworkin.

Palavras-Chaves: Dworkin. Limites de gastos. Campanhas Eleitorais. Democracia co-participativa.

ABSTRACT: The campaign finance model has been the subject of intense debate, which bring up several questions about the type of democracy that you have and the model you want. It is special object of concern from various sectors - legal and political - the growing influence of economic power over the election results. The problem is that if the current situation persists interference of economic power on the political, considerable portion of the population may be jettisoned both the electoral competition as the directions of state policy.With the filing, by the Federal Council of the Bar Association of Brazil, the Direct Action of Unconstitutionality 4650, it requires a revolution in the dynamics of the cost of election campaigns, which would bring considerable impact on the direction of State activities. In this work, we intend to analyze the issue in the light of Ronald Dworkin's ideas with regard to freedom of

expression, in intertwining with equality and democracy, participatory co-design.This time, considering that political campaigns are directly related to the choice of political representatives, the study aims to contribute to the understanding and the implementation of the fundamental principles of equality and democracy, relying on the theoretical study of Ronald Dworkin.

Keywords: Dworkin. Spending limits.Electoral campaigns.Co-participatory democracy.

Introdução:

Tendo em conta a inegável influência que o poder econômico exerce nos pleitos eleitorais da atualidade, o financiamento privado de campanha e seus limites é um dos temas mais em voga nas discussões sobre democracia.No Brasil, o assunto se encontra pendente de decisão final pelo Supremo Tribunal Federal, vez queo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, já com Parecer do Relator, com decisão pela sua procedência.[60]

O assunto tem ensejado discussões acerca do funcionamento da democracia e do próprio modelo democrático que se deseja, em claro entrelaçamento com a noção de igualdade, nos termos delineados pelo sistema jurídico-constitucional pátrio. Debate-se a realização da igualdade política, a partir da constatação da desigualdade econômica e seu desdobramento na seara eleitoral.

Vez que se afigura indubitável a influência do poder econômico como fator definidor dos resultados eleitorais, a pergunta que se faz é: estar-se-á atendendo, com a atual regulamentação, aos ditames democráticos que a Carta de 1988 traçou?

Para o fim específico do presente trabalho, pretende-se utilizar o estudo de Dworkin, acerca dos dois modelos de democracia que concebe: a democracia

---

[60] Ao acolher os pedidos deduzidos pela OAB, o Ministro Luiz Fux sustentou que *"sistema político que não permita que o cidadão comum e a sociedade civil influenciem as decisões legislativas, derrotados que são pela força das elites econômicas, não pode ser considerado democrático em sentido pleno"*. O relator ressaltou, ainda, dados relativos ao financiamento das campanhas eleitorais da atualidade:*"segundo dados oficiais do Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2010, um deputado federal gastou, em média, R$ 1,1 milhão, um senador, R$ 4,5 milhões, e um governador, R$ 23,1 milhões. A campanha presidencial custou mais de R$ 336 milhões. Nas eleições municipais de 2012, segundo recente contabilização do Tribunal, teriam sido gastos incríveis 6 bilhões de reais. Apontou-se que os maiores financiadores são empresas que possuem contratos com o poder público. O setor líder é o da construção civil, tendo contribuído com R$ 638,5 milhões, seguido da indústria de transformação, com R$ 329,8 milhões, e do comércio, com R$ 311,7 milhões. Os dados revelam a relevância maior e o papel decisivo do poder econômico para os resultados das eleições"*

majorista e a democracia co-participativa e seus desdobramentos no que toca aos limites de gastos das campanhas eleitorais e a realização da igualdade em uma sociedade que se pretende inclusiva, com igual consideração por todos os seus cidadãos.

Assim, tenciona-se analisar o importante tema dalimitaçãoao uso de recursos privados em campanhas eleitorais,em face dos valores constitucionais da igualdade e da democracia, a partir das considerações teóricas constantes da Obra de Ronald Dworkin, "A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade".[61]

II – A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650 e os limites ao financiamento privado de campanha

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer que a Corte Constitucional declare a inconstitucionalidade de dispositivos dasLeis 9.096/95 e 9.504/97,ao argumento de que a legislação atacada é excessivamente permissiva no tocante ao financiamento das campanhas eleitorais, vez que permite contribuições financeiras de pessoas jurídicas, ao tempo em que estabelece, para doações privadas, limites proporcionais ao faturamento ou ganho dos doares. Alega-se que o atual modelo de custeio de campanha faz o poder econômico ser atualmente o diferencial definidor de quem obterá sucesso nos pleitos eleitorais.

Argumenta-se que a norma eleitoral, no que toca ao financiamento de campanha política,afronta os princípios constitucionais da igualdade, da república, e da democracia.

Ao possibilitar que aqueles que detenham mais recursos econômicos possam praticamente decidir quem vai ter êxito nas disputas eleitorais, a legislação estaria a chancelar uma disfunção dos processos de escolhas eleitorais, provocando a exclusão de possíveis interessados que não disponham de patrimônio ou financiamento suficientes para competir nos pleitos eleitorais, com a consequente lesão à isonomia no campo político.

[61] Dworkin, Ronald. A virtude soberana - A teoria e a prática da igualdade. No Capítulo 10 da obra, o autor procede à análise específica da problemática relativa ao financiamento de campanha, conectando o tema à conformação constitucional da liberdade de expressão, da igualdade e da democracia.

Nessa linha, o que fundamentou aADIn 4650 foi a possível lesão aos princípios constitucionais da Igualdade, da Democracia, e da República, decorrente do excessivo uso do poder econômico como fator de definição do resultado dos pleitos eleitorais.

O princípio da isonomia seria afetado pela legislação eleitoral atual por, tem tese, permitir ao poder econômico influir de forma decisiva nos resultados dos pleitos eleitorais, excluindo quem não conte com recursos financeiros para fazer frente à competição.

Nos termos da ADIn 4650, o modelo atual acarretaria promiscuidade entre os interesses dos financiadores de campanha e as decisões dos agentes públicos beneficiários das contribuições, os quais, após eleitos, ficariam na condições de dever fidelidade aos seus patrocinadores. Haveria, dessa forma, um desvirtuamento da atividade dos agentes públicos, em prol do favorecimento dos segmentos econômicos que possibilitaram suas eleições. Logo,verificar-se-ia uma afronta ao princípio republicano pela mistura entre gestão pública e privada.

Por fim, argumenta-se que ocorra afronta ao princípio da isonomia, considerada esta nodomínio político, ante os altos custos inerentes a uma campanha eleitoral, o que provocaria exclusão e desigualdade dos setores desfavorecidos financeiramente, tanto no processo de disputa eleitoral, como na defesa de suas prioridades pelos representantes eleitos.

Em síntese, ataca-se a possível interferência da esfera econômica sobre a esfera política, advogando-se que ambas devem ocupar o devido espaço próprio na sociedade, de forma a repudiar o que se denomina de pleitos eleitorais “praticamente censitários”, em afronta aos princípios democrático (arts. 1º,*caput* e parágrafo único, 14, *caput*, e 60, § 4º, II), republicano (art. 1º, *caput*)e da igualdade (arts. 5º e 14).

III – Linhas gerais acerca do pensamento de Dworkin sobre o veredicto Buckley e as concepções de democracia

Ronald Dworkin, considerados um dos mais influentes filósofos jurídicos políticos da contemporaneidade, é autor de obras que configuraram um novo modo de ver e aplicar o Direito. Dessa forma, seu pensamento tem despertado a atenção de diversos estudiosos, a par de ser também objeto de críticas de doutrinadores e

agentes do mundo jurídico.

Ainda que o objeto do presente estudo seja a forma como Dworkin pensou a liberdade de expressão e igualdade, relacionando os conceitos com sua noção de democracia co-participativa, a fim de analisar como deve ser tratada a questão do financiamento de campanhas políticas, afigura-se importante ressaltar algumas características gerais do pensamento do autor.

Há que se salientar, em linha gerais, que Dworkin critica o positivismo jurídico, mediante o combate ao método de atuação judicial positivo, tendo desenvolvido sua teoria da intepretação mediante o recurso a um conjunto de coerente de princípios, passíveis de mostrar a melhor interpretação da estrutura política e jurídica de dada comunidade. [62]

Nessa linha, em síntese, pode-se afirmar que Dworkin se apoia na ideia de defesa dos direitos individuais em relação aos interesses da coletividade, rechaçando, a um só tempo, o positivismo, e o rótulo de jusnaturalista. Nessa linha de pensamento, o autor formula suas concepções de democracia e comunidade de princípios.

Recorreu-se neste trabalho, ao conjunto de ideias de Dworkin constantes do capítulo 10 do livro "Virtude Soberana (...)", queprocede a interessante análise quanto à questão dos gastos em campanha eleitoral sob a perspectiva do direito fundamental à liberdade de expressão, tendo como ponto de partida o veredicto proferido pela Suprema Corte no caso *Buckley versus Valeo*[63].

O autor começa o capítulo criticando duramente a influência dos recursos econômicos nas campanhas eleitorais. Posiciona-se contra o uso ilimitado de recursos por configurar um elemento deturpador das finalidades que o Estado deveria ter de promover o bem comum em prol dos interesses dos doadores de campanha[64]:

> Quanto mais dinheiro os políticos precisam para serem eleitos, de mais contribuintes ricos necessitam, e mais influência esses contribuintes têm sobre suas decisões políticas depois de eleitos.

---

[62]"Judges who accept the interpretative ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people´s right and duties, the best constructive interpretation" of the political structure and legal doctrine of their com-munity". Crf. DWORKIN, Ronald. *Law´s Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 255.

[63]Buckley versus Valeo, 424 US. 1 (1976)

[64] DWORKIN, Ronald. A virtudesoberana.Pág.

Assevera que, embora a legislação federal limite quanto cada cidadão e cada grupo possa doar a campanhas políticas, há artifícios novos e eficazes para driblar tais limites, sendo um deles o que denomina *soft Money* – o qual permite que se façam doações ilimitadas a partidos ou comitês políticos, que gastariam tais verbas em “defesa de causas”, ou seja, não pediriam voto oficialmente para candidatos, mas elogiam ou denunciam candidatos de forma explícita.

A partir do julgamento pela Suprema Corte do caso*Buckley*, decidiu-se que os limites de gastos em campanhas políticas são inconstitucionais porque violam a Primeira Emenda da Constituição Americana, a qual impede o Congresso de legislar de modo a que seja reduzida a liberdade de expressão ou associação. Tal decisão seguia o entendimento de que o ato de proibir que qualquer pessoa ou político pudesse gastar tanto quanto desejasse em suas convicções políticas equivaleria a restringir sua liberdade de expressão.

O denominado “*Veredicto Buckley*” foi objeto de calorosos elogios, mas também de intensos ataques, com diversos argumentos consideráveis apoiando tanto um lado quanto o outro. Um renomado constitucionalista contemporâneo a Buckey, afirmou quando o veredicto foi anunciado: “Eles (os juízes da Suprema Corte) dizem quedinheiro fala. Eu pensava que esse era o problema, não a solução”[65]

Dworkin propõe-se, então, a empreender análise, a fim de chegar a uma conclusão se *Buckley* constituiu um erro de avaliação da Suprema Corte e, em caso afirmativo, porque pode o veredicto ser considerado um equívoco, visto que as mais duras críticas ao julgamento não teriam enfrentado os argumentos mais fortes a seu favor. Para o autor:

> Enquanto não identificarmos esses argumentos, não podemos entender por que o veredicto, que parece tão equivocado para tantos acadêmicos e advogados, pareceu tão certo para a Suprema Corte e para tantos outros acadêmicos e advogados que continuam a defendê-lo.

Assim, o autor afirma que a diversidade de opiniões jurídicas e políticas em torno de *Buckley* depende de qual concepção de democracia é adotada, não só para que se possa aceitar ou repudiar os limites dos gastos de campanha, mas também outras formas de normatizar o processo eleitoral. Para analisar-se o acerto

---

[65] LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment*. Nova Iorque: Basic Books, 2007, p.180.

ou desacerto da decisão, far-se-ia necessário responder a uma questão filosófica: qual é a melhor concepção de democracia?

Partindo da premissa de que a democracia é o "governo exercido pelo povo", Dworkin polariza a concepção de democracia em dois modelos: democracia majorista e democracia co-participativa.[66]

É importante, segundo o autor, analisar que tipo de democracia é desejável, tendo em vista que o argumento mais forte em favor de *Buckley* é o entendimento, que denomina "aposta democrática",segundo o qual a melhor forma de proteger a democracia é a proibição de estabelecer limites ou controlar qualquer tipo de expressão política, exceto por questões de defesa da segurança nacional ou reputação privada. Nessa linha, a Cortese pronunciou no sentido de que restringir "a expressão de alguns elementos de nossa sociedade para aumentar a voz relativa de outros é totalmente contrária à Primeira Emenda".

Para a "aposta democrática", restrições à liberdade de expressão são danosas à democracia ainda que tenham a finalidade real ou fictícia de aperfeiçoá-la. Tal argumento apoia a proibição de leis que façam a tentativa de tornar mais justas os pleitos eleitorais mediante o estabelecimento de limites de quanto cada candidato poderia gastar.

Para o autor, tal argumento em favor de *Buckley* é aceitável se se concebe a democracia apenas como um modo político para fazer valer a vontade da maioria. Denomina essa concepção de "majorista". Entrementes, caso se rejeite tal concepção simplista para entender democracia como um sistema de parceria no autogoverno coletivo, dando a todos os cidadãos a oportunidade de serem ativos e iguais, então o argumento deve ser rejeitado.

O autor advoga que se adotem critérios rigorosos a fim de que se possa decidir quando a liberdade de expressão política deve ser reduzida em prol da democracia. Tal procedimento viabilizaria o estabelecimento de limites razoáveis

---

[66]Dworkin traz questionamento acerca do significado e sentido da democracia descrevendo as duas concepções de democracia em trechos de suas obras: DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 382/383. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23/24. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 501/502. DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?: Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 131/138.

para os gastos em campanha política.

O problema é que, embora seja de concordância quase universal que a democracia é a única forma de governo aceitável, a concepção de democracia é extremamente polêmica, observando-se discordância dos setores políticos e jurídicos no tocante a seus elementos de constituição. Assim sendo, essa discrepância no que tange ao conceito de democracia se reflete em um dos seus elementos constitutivos, caso da liberdade de expressão.

IV – Democracia na concepção majorista e liberdade de expressão

A democracia para a concepção majoristaé entendida como o governo exercido pelo maior número de pessoas. Significa compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria, ou pluralidade de opiniões.

Há duas versões para a democracia majorista. Na versão populista, o governo é democrático quando aprova leis ou exerce a política que conte com a aprovação do maior número possível de cidadãos. Entretanto, uma versão mais sofisticada da democracia majorista defende que a opinião da maioria não conta como sua vontade, a menos que tenha sido concedida aos cidadãos a oportunidade de se informar e deliberar sobre os assuntos.

No que toca à liberdade de expressão, a concepção majorista reza que seja dada igual oportunidade aos cidadãos de se informar da maneira mais completa possível, bem como deliberar sobre suas escolhas, sendo que leis que tentem regulamentar a liberdade de expressão, ao argumento de aprimorar a democracia, teriam como objetivo mudar de alguma forma a opinião pública.

Dessa feita, a democracia majorista lança a dúvida, no tocante ser compatível com a democracia leis que restrinjam o volume de discursos eleitorais, tendo como meta, que a opinião pública seja distinta do que seria sem tais restrições. Prega-se que a opinião pública é formada a partir da disponibilidade aos cidadãos do maior número possível de informações.

A democracia majorista entende que o povo deve ser livre para julgar por si próprio, sem a interferência de nenhuma autoridade, parecendo, assim,

incompatível esse entendimento com a permissão ao Legislativo, ainda que representante da maioria, para impor ao cidadão o que precisa ser levado em conta nas suas decisões eleitorais.

Para Dworkin, a Suprema Corte assumiu uma postura explicitamente majorista, ao proferir o veredicto *Buckley*. Assim se pronunciou a Corte no seu Veredicto:

> Na sociedade livre, regulamentada pela nossa Constituição, não é o governo, mas o povo – cada cidadão e cada candidato, e, coletivamente, na forma de associações e comitês políticos – que deve deter o controle sobre a quantidade e a extensão dos debates sobre os assuntos públicos em campanhas políticas.

Entendem, então, os majoristas, que o único argumento plausível contra a limitação dos debates políticos é a ideia paternalista de que as pessoas formação melhor sua opinião, caso o governo imponha limites àquilo que ouvem. Difere da concepção co-participativa, na medida em que tal concepção utiliza como argumento para a justificação de gastos uma consideração pela equidade entre os contendores políticos.

Portanto, nenhum dos argumentos utilizados pela concepção majorista se presta a apoiar uma limitação aos gastos em campanha política, pelo contrário, configuram uma forte defesa do pressuposto democrático que serviu de suporte ao veredicto *Buckley*.

V - Limites de gastos, liberdade de expressão e igualdade, sob a ótica da democracia co-participativa

A despeito de contar com uma parcela considerável de adesão de cientistas e filósofos políticos, Dworkin se posiciona contra a concepção majorista de democracia, afirmando que é “radicalmente deficiente”[67]. Nessa linha, o autor afirma que “não há nada que possua valor inerente em um processo que permite a um grande número de pessoas impor sua vontade a um numero menor.[68]”.

O autor se insurge contra o que considera o mero governo da maioria, que exclui a minoria. Na opinião do Dworkin, o governo da maioria não é justo em si

---

[67] Dworkin, Ronald. A virtude soberana – A teoria. p. 509.
[68]Dworkin. Op. Cit. p. 510

mesmo e só seria valioso se, dentre outras exigências, proporcionasse igualdade entre os participantes do processo político, mediante o qual dar-se-ia a definição de maioria.

A partir de então, o autor tece suas considerações a respeito da democracia co-participativa, a qual entende como concepção que permite aos cidadãos governarem a si mesmos, por meio de uma parceria coletiva, na qual cada membro ativo é igual.

Dworkin afirmaque diversossistemas democráticos,como o britânico, americano e sul-africano garantem algum grau de democracia co-participativa, a despeito de não o fazerem de forma total. Nessa linha, tal concepçãode democracia não se realiza com um padrão único, mas mediante um conjunto de ideais mais complexos a que o autor denomina dimensões da democracia.

A primeira dimensão da democracia co-participativa se perfaz em uma relação entre o povo em geral e as autoridades, sendo a soberania popular a definição dessa relação, a qual é distinta da soberania popular na concepção majorista, que seria a prevalência da vontade do maior número de cidadãos.

A segunda dimensão da democracia co-participativa é a igualdade de cidadania. De forma diferente da democracia majorista, que entende o sufrágio universal como aconcretizaçãoda possibilidade de que a maioria decida oprocesso eleitoral, a democracia co-participativa exige o sufrágio universal não só no sentido de os cidadãos serem iguais juízes do processo eleitoral, mas também como seus participantes.

A democracia co-participativa não ignora que os participantes das disputas políticas tenham oportunidades diferenciadas em função de outras circunstâncias ou características, como, por exemplo, carreira, voz, empatia. Entretanto repudia a diferenciação de oportunidades, o fato de alguns cidadãos não ter oportunidade alguma – ou reduzida, de defender suas convicções em função de não contar com recursos financeiros que os torne aptos a competir com doadores ricos e poderosos.

Dworkin considera que, sendo cobrado um preço exorbitante para quem deseja participar do processo político, não há como considerar-se que existe uma co-parceria entre os cidadãos, dentro do sistema.

A terceira dimensão da democracia co-participativa é o discurso democrático. A proteção ao discurso parte do pressuposto de ser indispensável para as tomadas de decisões a discussão dos discursos favoráveis e contrários a cada decisão.

Nessa linha, os cidadãos que perderem em um tema poderãoficar satisfeitos por terem tido oportunidades iguais de se expressarem e manifestarem suas opiniões. Dessa forma, o autor se insurge contra a degradação do discursopolítico que, ao invés de se basear em argumentos, se transforma numa guerra de gritos e calúnias, com cada um querendo gritar mais forte que o outro.

Dworkin alerta que se trata de uma democracia triplamente idealizada e que "nenhuma nação conseguiu alcançar o perfeito controle das autoridadespelos cidadãos, a perfeita igualdade política entre eles ou um discurso político imaculado pela irracionalidade."[69]

O autor considera, então, que as três dimensões da concepção co-participativa, sofrem as consequências do modo que cada ordenamento encontra de incentivar e proteger o discurso político. Dessa forma, a garantia da liberdade de expressão contra a censura oficial possibilita aos cidadãos exercer seus papéis de partícipes da democracia.

Além da participação política, outra importante função da liberdade de expressão é a concretização do princípio da igualdade, na medida em que se permite que os diversos grupos que compõem a sociedade tenham a liberdade de expressar suas opiniões, ainda que contrariem as convicções de outros segmentos.

Entretanto, a igualdade dos cidadãos reclama que os diversos grupos não tenham desvantagem proveniente política em decorrência exclusivamente do montante de suas riquezas. O autor alerta que:

> A experiência comprovou – e nunca com tanta ênfase quanto nas eleições recentes –que o êxito de qualquer grupo político está ligado diretamente à extensão de seus gastos, em especial na televisão e no rádio, que este fator anula os outros na explicação do êxito político.Esse é o âmago do argumento democrático a favor dos limites de gastos em campanhas políticas[70].

O autor critica o que considera uma total subversão do discurso político, o

[69] DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p.513.
[70]DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 515

qual deveria, em tese, estar permeado por valores políticos que seriam discutidos com a população. Ao invés disso, há uma caça aos recursos econômicos para financiar campanha que consome todo o tempo que as autoridades deveriam ter para tratar dos assuntos públicos. Tais verbas são gastas sob a orientação de institutos de pesquisa de opinião e consultores os quais estão desconectados de princípios e políticos e cuja especialização é a sedução de consumidores mediante *jingles* e frases de efeito.

Diante desse quadro, Dwokin considera que os Estados Unidos têm:

> o discurso político mais degradado e negativo do mundo democrático. A participação pública na política, mesmo que avaliada pelo número de cidadãos que se dão ao trabalho de votar, caiu abaixo do nível no qual podemos declarar, de cara limpa, que estamos nos governando. O Público atribui sua própria alienação ao processo em si. Declara que o poder do dinheiro na política o tornou cético e que a prostituição da política na televisão lhe provoca náuseas.[71]

Assim, o autor considerar importante tentar elaborar-se estratégias de proteção ao discurso político com certa flexibilidade. Ou seja, o Estado não deve filtrar as informações sobre, por exemplo, a vida sexual das autoridades, embora tal restrição pudesse aperfeiçoar o discurso político. No entanto, segundo o autor, seria possível aprimorar a terceira dimensão da democracia – ou o discurso político, desde que a disfunção que se pretenda reparar seja substancial, bem como seja a restrição não passível de causar danos consideráveis à soberania dos cidadãos.

Nessa linha de raciocínio, seria permitido fixarem-se tetos de gastos em campanhas, desde que tenham o escopo de reparar desigualdades significativas dos cidadãos na seara política, desde que se atendam a algumas condições, dentre elas, que os limites ao discurso político não anulem a crítica ao governo, bem como não sejam criadas outras desigualdades mediante a exclusão de partidos ou candidatos desconhecidos.

Assim, Dworkin distingue duas interpretações possíveis da cláusula da liberdade de expressão: a) a primeira tem como modelo a aposta democrática da concepção majorista, segundo a qual o discurso político não pode em nenhuma hipótese ser limitado ou regulamentado em nome da democracia. b) a segunda, típica da orientação co-participativa, ao contrário, permite regulamentar-se a liberdade de

[71]DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p.519.

expressão, desde que seja para aumentar a igualdade dos cidadãos, e aperfeiçoar uma das dimensões da democracia.

Na linha da segunda dimensão, há o argumento contrário ao veredicto Buckley, proferido pelo Juiz Brandeis no Processo Whitney:[72]

> Aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que o objetivo supremo do Estado era tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades, e que em seu governo as forças deliberativas devem prevalecer sobre as arbitrárias. Valorizavam a liberdade tanto como fim quanto como meio. Acreditavam ser a liberdade o segredo da felicidade, e ser a coragem o segredo da liberdade... que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que o debate público é um dever político; e que esse deve ser o princípio fundamental do governo americano.

Segundo interpreta Dworkin, tal declaração, ao reconhecer a importância da soberania popular, enfatiza também, como parte da justificativa da primeira emenda, as outras dimensões da democracia: a igualdade dos cidadãos e, sobretudo, o valor do discurso democrático deliberativo.

A finalidade da liberdade de expressão não é apenas impedir que o governo oprima o povo, mas também permitir que cada cidadão desenvolva suas faculdades. A liberdade, além de ser um fim democrático, configura também um meio para outras finalidades democráticas, bem como que a deliberação cívica com outras pessoas é um dever político. Por fim, não há como reconhecer-se que a Primeira Emenda tem diversos objetivos e, ainda assim, persistir na opinião de que o dispositivo nunca poderá ser interpretado ou aplicado de forma a aperfeiçoar esses objetivos.

O veredicto de *Buckley* declarou o limite de gastos em campanha políticainconstitucional ao argumento de que a Primeira Emenda protege a soberania popular, devendo oferecer aos cidadãos "a mais ampla possível disseminação de informações oriundas de fontes diversas e antagônicas". Rejeitou-se nessa decisão o argumento no sentido de que seria possível ao Estado regulamentar o discurso político para proteger a igualdade dos cidadãos.

Além do caso *Buckley*, outros processos decidiram de forma semelhante, usando-o como precedente, caso do Colorado Republican[73].

---

[72] Whitney versus Califórnia, 274 U.S. 357, 375 (1927) (Bandeis, J., de acordo).

[73] Colorado Republican Federal CampaignCommittee versus FEC, 518 U.S 604 (1996) (protegendo o

Vê-se que Dworkin então, pensa a questão dos gastos em campanhas políticas sob dois enfoques – umque denomina intepretação discriminadora da Primeira Emenda, e outro a que chama de interpretação profilática. O primeiro relaciona-se à noção de democracia co-participativa, e o segundo à chamada democraciamajorista.

Caso se adote a interpretação profilática, não há como reconhecerem-se quaisquer limites às contribuições de campanha, vez que a democracia majorista não admite qualquer limitação à liberdade de expressão, sem tangenciar o assunto sob o prisma da igualdade.

Em outra mão, se a orientação a ser adotada como parâmetro de interpretação da liberdade de expressão seja a interpretação discriminadora, haveria a permissão constitucional para que haja uma regulamentação do discurso político, desde que as leis limitadoras não impeçam o público de tomar conhecimento de informações ou discussões desfavoráveis ao governo, bem como quando servir ao objetivo de aprimorar o processo democrático do discurso político público.

O autor advoga que a limitação dos gastos em campanha, embora possa afigurar limitação à própria liberdade de informação, configura um aprimoramento do caráter democrático do discurso político, e atenderá aos ideais da democracia co-participativa, vez que viabiliza a participação de mais cidadãos no cenário político em condições de igualdade.

VI – A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650 – Aplicação ao caso brasileiro das considerações de Ronald Dworkin acerca da igualdade e da democracia co-participativa

A ADIN 4650 pretende a invalidade dos dispositivos legais que possibilitam atualmente a realização de doações de campanha por pessoas jurídicas e por pessoas naturais, tendo como fim a proibição das primeiras e a limitação das últimas. Embora a ADInnão tenha enfocado a liberdade de expressão, mas sim a lesão aos princípios constitucionais da república, da isonomia e da democracia, as reflexões de Dworkin se aplicam ao presente caso, vez que considera a liberdade de

---

direito dos partidos políticos de gastar quantias ilimitadas em campanhas “independentes” de seus candidatos).

expressão como um dos pressupostos tanto da democracia quanto da isonomia.

Para o autor, a limitação dos gastos de campanha é admissível, dependendo da noção de democracia que se utiliza. Na primeira, que denomina democracia majorista, a qual concebe a liberdade de expressão total e irrestrita como a denominada “aposta democrática”, seria inadmissível o estabelecimento de limites aos gastos de campanha, vez que qualquer restrição à liberdade de expressão e informação agrediria a democracia. Já na concepção co-participativa, que prega a igualdade de oportunidades a todos os cidadãos, concebe-se possível restrição à liberdade de expressão e informação, desde que seja para aperfeiçoar o processo democrático.

Verifica-se que a exclusão e a desigualdade provocadas pelo atual modelo de financiamento de campanha entram em confronto com valores do texto constitucional, mormente a igualdade e a democracia. Admite-se que a desigualdade econômica é inerente ao sistema adotado pela ordem jurídica pátria, entretanto tal desigualdade na seara financeira não deveria ter como inescapável consequência a desigualdade na seara política.

A concepção de democracia co-participativa, nos termos delineados por Dworkin quando da análise do caso *Buckey* aplica-se por pertinente ao sistema jurídico-constitucional pátrio. Se a democracia dita “majorista” descrita por Dworkin é um mero efeito de dar-se poder à maioria em desfavor de uma minoria que fica sem voz na gestão dos interesses públicos, tal concepção não se coaduna com aquela adotada pelo Brasil na Carta de 1988, que prega os valores de uma sociedade plural, concretizada, por exemplo,pelas ações afirmativas.

O próprio sistema brasileiro de representação parlamentar proporcional foi pensado para dar voz às minorias existentes na sociedade, às quais não podem simplesmente ser esmagadas pelas maiorias, ainda que no contexto democrático. O sistema jurídico-constitucional brasileiro abriga e busca conciliares os diversos interesses existentes numa sociedade pluralista.

Diante da constatação fática da conexão existente entre sucessos nas disputas eleitorais e volume financeiro aplicado nas campanhas, chega-se a uma situação de exclusão das pessoas que não contem com recursos suficientes para competir no cenário eleitoral.

Dessa feita, vez que a legislação permite o financiamento de campanhas eleitorais por empresas privadas, bem como por pessoas físicas, vê-se que ocorre uma quebra do princípio da isonomia, no tocante aos direitos políticos, em afronta ao que dispõem o *caput* do art. 5º da Constituição c/c o art. 14 do mesmo diploma.

No panorama descrito, verifica-se uma desigualdade política como consequência direta e inescapável da utilização excessiva do poder econômico. Os mais abastados têm maior influência no resultado dos pleitos e, em consequência, nos rumos de atuação do próprio Estado. Além do que, ocorre um evidente prejuízo nas possibilidades de competição eleitoral de pretendentes que não contem com os recursos econômico para tal, provocando uma exclusão desta parcela da população das disputas eleitorais.

Vê-se que a noção de democracia co-participativa delineada por Dworkin, e compatível com o sistema delineado pela Carta de 1988, engloba, a par da soberania popular, a proteção do discurso democrático e da igualdade política. Não há como considerar atendidas tais dimensões democráticas, diante do quadro atual dos limites de gastos com campanhas eleitorais.

A democracia se caracteriza, principalmente, pela igualdade de participação e pela liberdade de expressão. A participação tem como desejável consequência a defesa de direitos, bem como a necessária influência das ações do governo. Assim, define-se democracia como sendo o *"regime político no qual a soberania é exercida pelo povo, pertence ao conjunto dos cidadãos, que exercem o sufrágio universal"*.[74]

Acerca da igualdade, manifestou-se Dworkin:

> (...) A igualdade dos cidadãos é destruída quando somente os ricos participam da contenda política, e ninguém confundiria nossa política publicitária com a deliberação democrática. (...) Mas o autogoverno significa mais do que o sufrágio igualitário e eleições frequentes. Significa uma parceria de iguais, raciocinar juntos sobre o bem comum.[75]

A esse respeito, oportuno ressaltar as palavras do Min. Luís Roberto

---

[74] JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia. 5ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008. p. 67.

[75] Dworkin, Ronald. A virtude soberana – Teoria e prática da Igualdade. p.541/542.

Barroso[76], segundo o qual:

> A ideia essencial por trás da democracia é a ideia de igualdade, é a ideia de uma pessoa, um voto, é a ideia de que todos merecem igual respeito e consideração. E, portanto, se o peso do dinheiro é capaz de desequiparar as pessoas, eu acho que este modelo apresenta um problema.
>
> Eu não vivo a fantasia de uma sociedade sem nenhum tipo de desigualdade, inclusive desigualdades econômicas, porque elas sempre existirão; elas são inevitáveis, infelizmente, no atual estágio civilizatório. Porém, o papel do Direito e da sociedade é, respeitadas as liberdades individuais, procurar minimizar o impacto do dinheiro na criação de desigualdades na sociedade. E acho que nós temos uma fórmula que potencializa a desigualdade, em vez de neutralizá-la.

Vê-se que a atual legislação reguladora do financiamento de campanhas exacerba, ao invés de corrigir as desigualdades políticas e sociais, porque permite que os detentores de recursos econômicos tenham muito mais possibilidade de influir nos resultados eleitorais, o que acarreta, como consequência, maior poder nas deliberações coletivas, em afronta à igualdade de participação inerente a uma democracia co-participativa.

Não há que se confundir desigualdade econômica – esta permitida na democracia brasileira, com desigualdade política. Ocorre que a atual legislação entrelaça umbilicalmente uma com a outra. Ressalte-se que a democracia brasileira repudia de forma frontal a desigualdade política, então todos deveriam ter a mesma capacidade de participar politicamente dos destinos do país. Afigura-se nas atuais circunstâncias uma disfunção do sistema incompatível com a concepção de democracia adotada por nossa Carta Política.

A esse respeito, muito oportuno citar as palavras do Ministro Gilmar Mendes, no voto proferido no Recurso Extraordinário nº 630.147/DF, nos seguintes termos:

> Portanto, não se afigura necessário despender maior esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio da igualdade de chances.

Vê-se que os dispositivos atacados pela mencionada ADIn são potencialmente ofensivos à noção de igualdade de participação política, nos termos

---

[76] Luís Roberto Barroso, íntegra (transcrição) do voto proferido na ADI 4650, sessão de 12/12/2013.

do modelo de democracia consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Conclusão

Embora a decisão da Suprema Corte no caso *Buckley* tenha se restringido a analisar a liberdade de expressão aplicada aos limites dos gastos em campanhas políticas, o estudo empreendido por Dworkin pareceu muito proveitoso ao caso brasileiro, por trazer à tona reflexões sobre a realização dos princípios da igualdade e da democracia.

Sem dúvida que, constituindo as campanhas políticas importantes meios de veiculação do discurso político, a imposição de limites de verbas destinadas às propagandas políticas poderia, à primeira vista, parecer que estar-se-ia restringindo o volume de informações disponíveis aos eleitores, em afronta ao princípio da liberdade de informação.

Entretanto, nos termos do estudo de Dworkin, tal raciocínio deixa de considerar as importantes dimensões da democracia: a soberania popular, a igualdade de cidadania e o discurso democrático, na ótica da democracia co-participativa, a qual, em síntese, para ser realizada, exige que o povo atue não só como fonte do poder, mas como partícipe deste mesmo poder, em condições igualitárias.

Sob este prisma, permitir-se o uso ilimitado do poder econômico de forma a tornar as disputas eleitorais mero corolário das forças econômicas, é incompatível com a noção de que o povo governa a si mesmo, em parceria com o Estado, como demanda a realização da democracia co-participativa.

Não há como imaginar-se que a parcela mais desprovida de recursos de uma nação será capazde influir de forma decisiva nos rumos das políticas estatais, caso continue o modelo de desigualdade e exclusão que acarreta a escolha dos representantes políticos, mediante a nefasta influência do poder econômico nas escolhas dos dirigentes políticos.

Dessa forma, o valor das considerações de Dworkin acerca do veredicto da Suprema Corte no caso *Buckley*, no tocante a importantes facetas da democracia e da igualdade que é tão cara para nosso sistema jurídico-constitucional, mostra-se

proveitosa para pensar o modelo de democracia que o Constituinte de 1988 delineou e a identidade constitucional pátria que ainda estar a se concretizar para o Brasil.

Referências

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator Ministro Luiz Fux. Disponívl em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 05 de dezembro de 2014.

DAHL, Robert A.*A democracia e seus críticos.*Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana - A teoria e a prática da igualdade.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

______. *Is Democracy Possible Here?: Principles for a new political debate*. Oxford: Princeton University Press, 2006.

______. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

______. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Americana.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ERIKSEN, Erik Oddvar. *Democratic or jurist made law?* On the claim tocorrectness. ARENA- Centre for European Studies, University of Oslo, WorkingPapers WP 04/07, 2004. Disponível em: <www.arena.uio.no/publications/workingpapers2004/papers/wp04_7.pdf>Acesso em 1 dez. 2005.

LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the FirstAmendment*. Nova Iorque: Basic Books, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais.*Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation: textual meaning, original intent and judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 1999.

CAPÍTULO 4

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: CRITÉRIOS DE VALIDADE DIANTE DE UMA NOVA PERSPECTIVA À LUZ DO GARANTISMO PENAL.

Ana Cláudia Loiola de Morais Mendes[77]

Resumo: o presente artigo se propõe, a partir da análise de acórdão proferido em sede de julgamento de recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, a analisar a evolução da interpretação da norma que dizia respeito ao caráter da presunção de violência em casos de delitos contra a liberdade sexual, em razão da idade da vítima, abandonando-se critérios morais de aferição do comportamento desta, como medida de efetividade ao princípio garantista previsto na ordem constitucional.

Palavras-chave: violência, sexual, criança, adolescente, garantismo, presunção, violência, validade, norma.

"É anacrônico o discurso que procura associar a modernidade a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de uma tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau, não importa – a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida por quem tem o dever legal e/ou moral de proteger, de orientar, de acalentar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada."(Min. Rogério Schietti Cruz, voto proferido no julgamento do REsp 1.276.434/SP, DJe 26/08/2014)

[77] Juíza de Direito titular da 1ª Vara Criminal do Paranoá – DF. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal. Mestranda em Direito Constitucional.

Introdução

Com estas palavras pungentes, o relator do acórdão destacado pontua sua indignação com o tratamento conferido à proteção à infância no desfecho de ação penal, que em recurso à Corte Superior,foi revertido com o reconhecimento da reprovabilidade da conduta praticada pelo padrasto que mantinha relações sexuais com sua enteada, adolescente contando com menos de catorze anos de idade.

O tema – presunção de violência no caso de crimes contra os costumes, no caso de vítima menor de quatorze anos de idade, ou a capacidade para consentir com os atos sexuais, em razão da idade da vítima – volta e meia é alvo de atenção, seja pela especificidade dos casos que envolve, seja pela possibilidade (ou melhor, pela inevitabilidade) de realização de juízos de características morais por parte daquele a quem incumbe solucionar a causa.

A questão trazida pelo acórdão destacado expõe dois aspectos do sistema penal brasileiro e da forma como efetivamente tratamos as questões penais dentro do processo: a primeira delas é o inevitável confronto entre questões morais na análise da *vexata quaestio* e o arcabouço jurídico disponível para a solução do caso concreto, o olhar imprimido na análise do caso concreto. A segunda, relativa a como entendemos o sistema de proteção disponível aos indivíduos, dentro da carta de princípios trazida pela Constituição Federal, sob a perspectiva de garantia de direitos e liberdades públicas, considerando não somente as garantias individuais dos réus em processos criminais, mas também a efetiva necessidade de proteção de direito individual das vítimas de violência.

É dentro deste contexto que se vai buscar analisar, no presente artigo, de que forma as diferentes percepções da realidade podem ser admitidas como relevantes na determinação, dentro da esfera do direito penal, do que é desviante a qualificar-se como ilícito penal, e de que forma, dentro destas concepções, se busca dar efetividade ao princípio maior de proteção da sociedade e, numa segunda perspectiva, de proteção aos interesses da vítima.

Inicialmente se buscará, no texto, uma breve exposição acerca das diferentes concepções de validade e interpretação da norma para, mais adiante, e dentro da dogmática atualmente admitida, buscar, na teoria garantista, subsídios

para a determinação do que seja uma proteção efetiva a direitos fundamentais. Para tanto, servirá de exemplo julgado que se reputa de extrema relevância no contexto da defesa de interesses da vítima em crimes contra a liberdade sexual, praticados no contexto da violência doméstica.

1 Primeiras anotações: interpretação, positivismo jurídico e validade da norma. Perspectivas: Hans Kelsen, Herbert L.A. Hart e Ronald Dworkin.

Em um primeiro momento, como reação à falibilidade (ou insuficiência) das soluções propostas pelo jusnaturalismo, buscou-se a mensuração dos fatos e argumentos, com a tendência da redução da vontade da maioria a comandos objetivos, como se possível fosse a previsão absoluta dos acontecimentos da vida real pela lei.

Neste contexto, do positivismo desenvolvido por Kelsen, reconhece-se como direito válido apenas o direito posto, ou seja, considera-se objeto da ciência jurídica apenas o direito positivo. Ao defender uma Teoria Pura do Direito, o cientista deve adotar uma perspectiva externa em relação ao objeto, o direito, abstendo-se de qualquer valoração ideológica. Assim, opondo-se ao jusnaturalismo (criticado duramente pelo autor), o direito parte da concepção de proposição da categoria lógica do dever-ser, relegando o estudo do ser como objeto das demais ciências.

Deste processo de purificação metodológica resulta um sistema jurídico autônomo, tornando o direito independente das demais matérias, expresso na fórmula “se A, deve ser B”, sendo A a conduta descrita na norma, e B a sanção que esta implica, caso ocorra.

Disso resulta que a validade da norma, para Kelsen, é atribuída de maneira puramente formal, ou seja, decorre de sua inserção em um sistema normativo preexistente, sendo desimportante se os membros da comunidade conduzem-se em conformidade com esta[78].

Em consequência, a validade da norma distingue-se da eficácia, justamente em razão de situar-se na esfera do “dever ser”, enquanto que esta última é

---

[78] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

característica do "ser", atributo da conduta humana, e não do direito.

A mensurabilidade positivista desde o princípio deparou-se com a dificuldade interpretativa exigida pelos fatos da vida. A codificação não poderia abranger a infinidade de questões alcançadas pelo mundo dos fatos.

Juntamente com a intensificação do poder regulatório do Estado, aparece o primeiro problema, consistente na indeterminação do sentido do direito. As questões referentes à validade ou eficácia das normas não decorreriam unicamente de uma relação de subsunção, dada a complexidade alcançada pelas relações humanas.

Neste contexto, Kelsen constata que o problema da interpretação do direito seria muito mais semântico do que sintático[79]. As normas terão sempre um espaço de movimentação, derivado do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico aos objetos da realidade fática, utilizando-se da famosa metáfora da "moldura da norma".

O grande problema enfrentado, e que continua a ser objeto de angústia, é justamente o admitir a discricionariedade do intérprete no momento da escolha da solução, e neste ponto Kelsen se rende aos adversários, aceitando que a interpretação do direito acaba mergulhando, de uma forma ou de outra, em subjetivismos intransponíveis.

Lançando o olhar um pouco mais adiante, com base na perspectiva apresentada pelo realismo jurídico, e com base na perspectiva apresentada por Herbert L. A. Hart, o direito seria apresentado como prática social, ou simplesmente teoria social do direito. Por esta, a norma é colocada como elemento central no conceito de direito, abandonando-se a ideia de direito como ordem coercitiva. O direito deve ser compreendido como o conjunto de regras analisadas por duas perspectivas: pelo "ponto de vista interno" e pelo "ponto de vista externo", tendo no interior do primeiro o fundamento da teoria da validade, a regra de reconhecimento.

> O contraste seguinte em termos de aspecto 'interno' e 'externo' das regras de novo pode servir para marcar o que dá a esta distinção a sua grande importância para a compreensão, não só do direito, mas da estrutura de qualquer sociedade. Quando um grupo social tem certas

---

[79] Note-se que Kelsen, quando refere-se ao problema semântico, refere-se ao problema da interpretação descrito no capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, fazendo a distinção entre direito e ciência do direito, a definir a interpretação como ato de vontade (produtora de normas, no momento de sua aplicação) e interpretação como ato de conhecimento (que produz proposições).

> regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os 'pontos de vista' respectivamente 'interno' e 'externo'. As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual eles estão afectados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, que se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reações hostis, censuras e castigos com que os desvios da regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reações hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que um desvio do comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reação hostil ou castigo. Tal conhecimento pode não só revelar muita coisa sobre o grupo, mas ainda permitir-lhe viver com o grupo sem as consequências desagradáveis que esperariam uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento.
>
> Contudo, se o observador se confinar de forma estrita a este extremo ponto de vista externo e não der qualquer conta do modo por que os membros do grupo que aceitam as regras encaram o seu próprio comportamento regular, a descrição por si feita da vida dele não pode ser referida de forma alguma em termos de regras e, por isso, não pode ser feita em termos das noções, em si dependentes de regras, de obrigação e dever. Em vez disso, será feita em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais. Para tal observador, os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reação hostil, e nada mais.[80]

As regras são primeiramente distinguidas entre "regras sociais" e "regras de hábito"[81], para depois as primeiras serem analisadas sob o "ponto de vista interno", de onde ocorre a vinculação do indivíduo à regra. Considerando o direito

---

[80] HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 6ª edição. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2011, pp. 98-99

[81] A diferença entre hábito e regra é destacada por HART, comparando-se o comportamento do indivíduo em grupo em duas situações distintas: a primeira, é hábito dos membros de determinado grupo irem ao cinema todos os sábados à noite; a segunda, é regra nesse mesmo grupo que os homens, ao entrarem em uma igreja, tirem o chapéu. A primeira situação é um hábito, a segunda, uma regra. Ser regra implica que sua não observância gere uma crítica, que é encarada como legítima ou justificada neste sentido. Uma regra social tem um aspecto "interno" para além do aspecto externo que partilha com o hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar. Hart, *Conceito*, pp. 64-65.

um conjunto de regras estruturado em uma prática social, existirá uma regra que se funda no comportamento dos membros da sociedade, e que atribui validade às normas jurídicas e à regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento constitui, assim, regra maior do sistema jurídico, estabelecendo quais regras devem ser reconhecidas como juridicamente válidas, isto é, identifica quais regras diretas, regras primárias de obrigação, devam pertencer ao sistema normativo.

Neste contexto, razoável inferir-se que a regra de reconhecimento não decorre de norma explícita, posta pelo sistema, dependendo de fatores tais como comportamento de agentes estatais, atos dos tribunais ou dos particulares, inserindo-se no contexto da teoria do direito como prática social. O critério de validade consiste em conduta social que reconhece dependendo no momento histórico e da comunidade em que subsiste, o que é direito válido.

Partindo de uma crítica ao modelo de regras estabelecido por Hart e apontando sua insuficiência diante da complexidade de casos concretos que se apresentam nos tribunais, Dworkinpropôs uma revisão do modelo de regras pelas quais o direito funciona, apontando a necessidade de ruptura da tradição positivista, baseada no modelo de subsunção.

Dworkin desenvolveu uma teoria do direito, com base na seleção de argumentos jurídicos adequados, ou seja, argumentos fundados na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em determinada comunidade. Ao lado desta teoria de interpretação, propõe uma teoria de justiça, segundo a qual os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem basear-se na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais, independente de suas condições sociais e econômicas, crenças ou estilos de vida.

Para Dworkin, a efetivação dos direitos fundamentais só seria possível mediante a aceitação de que os princípios integram o direito tanto quanto as regras, afirmando que só é possível levar os direitos a sério caso o intérprete se despoje de toda mitografia positivista[82].

Ao questionar o conceito de "obrigação jurídica", que funda todas as reivindicações no campo do direito, assentou que os termos "obrigação" e "direito"

---

82 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

nada mais são que enunciados técnicos, sem a necessária correspondência com a veiculação de preceitos morais. Partiu do pressuposto que a diferença entre regras e princípios seria de natureza lógica:enquanto as regras operam dentro de uma lógica que depende, para verificação de sua aplicabilidade, do critério da subsunção, os princípios enunciam uma razão que conduz a um argumento cuja verificação levará a certa decisão no caso particular, podendo ser cotejado com outros princípios e regras, sendo-lhe atribuído peso conforme sua importância.

O juiz age guiado pelos princípios invocados em suas decisões, podendo alterar uma regra em nome de um princípio, caso esta não obedeça aos padrões obrigatórios de uma comunidade. Ao tratar os princípios como direito, abre-se a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por um conjunto de princípios. Como conseqüência, conclui que as proposições do positivismo (os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios, nem pode prescrever um resultado particular, nem valer como lei) devem ser abandonadas, diante da impossibilidade de realização do teste fundamental no sistema jurídico.

Neste movimento de construir o conceito de princípios, afirmando que estes devem compor o direito tanto quanto as regras, segue-se admitindo a necessidade de subsunção dos fatos a uma norma, ainda que esta venha compreendida em um sentido mais amplo, abrangendo também os princípios. Ao aceitar a tese de Hart de que todo sistema jurídico necessita de um teste fundamental para identificar regras e princípios, nega-se somente a existência de uma regra fundamental que reduza esse teste complexo a uma regra simples. Sendo assim, deve-se compreender a discricionariedade como prática orientada pelos princípios, argumentos de natureza moral que favoreçam os direitos em disputa, funcionando estes não como instrumentos de ampliação dos poderes do juiz, mas de restrição a estes.

Os princípios, assim, aparecem na fundamentação de decisões como forma de restrição das possibilidades interpretativas do direito, uma vez que existem interpretações melhores do que outras, melhor ajustadas à integridade do direito.

Tais conceitos adquirem particular importância neste estudo, quando, mais adiante, se iniciar a análise dos fundamentos utilizados no julgamento de recurso especial interposto contra decisão absolutória do padrasto que mantinha

relações sexuais consentidas com a enteada, adolescente contando com menos de quatorze anos de idade.

2 Segunda perspectiva: complexidade e função estabilizadora do sistema jurídico. Interpretação como forma de garantia da integridade do sistema.

Seja partindo-se do pressuposto de validade como inserção da norma em um sistema estruturalmente fundado em comandos emanados de autoridade, seja tomando-se como critério de validade da norma determinada prática social aceitável historicamente, certo é que o intérprete escolherá a solução do caso concreto, com base no sistema normativo, mediante a utilização doaparato instrumental disponível e fundado em uma argumentação que parta de pressupostos de racionalidade.

Dentro do sistema, seus argumentos estarão concatenados de forma a que a solução final decorra logicamente das premissas anteriores.

Todavia, pode ocorrer que, mesmo diante de um raciocínio que permita proposições resultantes de premissas lógicas, não se veja o intérprete diante de uma solução que lhe pareça mais justa no caso concreto. A questão da justiça da decisão é tema também bastante tormentoso, até porque muitos se debruçaram sobre este, sem nunca chegarem a consenso sobre o termo em questão[83].

Justamente em razão disso, a solução positivista tradicional para determinados casos pode parecer insuficiente, seja pelo aumento da complexidade das relações sociais (e, por consequência, das relações jurídicas), seja pelo desenvolvimento do Estado, ou seja, por último, da ideia (talvez a única segura) de que o Direito não vem mais fundado em valores imutáveis.

Baseado em tais fundamentos, pela teorização proposta por Luhmann em sua teoria de sistemas, infere-se que em uma sociedade moderna, com toda a complexidade que lhe é característica, e onde a multiplicidade de escolhas sociais é fator preponderante, é possível uma operação de seletividade, em que os sistemas

---

[83] Podem-se encontrar as mais diversas abordagens sobre o tema em questão, tanto no plano da Teoria do Direito, como da Filosofia ou Sociologia Jurídica. Mais uma vez, convém lembrar a posição de Kelsen, para quem o ideal de justiça é algo subjetivo, beirando a irracionalidade(v. A Ilusão da Justiça, São Paulo: Martins Fontes, 1998; O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

parciais escolhem os valores que sua comunicação pontuará[84]. Por meio da multiplicidade de escolhas, o sistema jurídico emite comunicação jurídica com o intuito de garantir os valores escolhidos nesta operação de seletividade.

O sistema jurídico deve lutar pela manutenção das expectativas, não aceitando seu descumprimento como certo, lutando pela sua efetivação, e mantendo, no ambiente social, a expectativa de cumprimento dos valores escolhidos pelo próprio sistema. Em vista disso, o sistema jurídico necessita transformar a complexidade social em comunicação jurídica, para então poder chegar a uma decisão adequada. O subsistema do Direito absorve a complexidade e a reduz à comunicação jurídica, que fornece ambiente propício à prolação da decisão. A justiça estará ligada à comunicação do sistema jurídico (eis que o único canal de comunicação é o padrão binário lícito/ilícito, dentro do sistema jurídico), e para que se possa proporcionar justiça em uma sociedade altamente complexa, necessária a adaptação da complexidade ao sistema, produzindo-se, neste passo, uma comunicação adequada.

Esta comunicação adequada se dá reduzindo-se a comunicação ao código binário lícito/ilícito, para que se chegue a um processo decisório fundado na consistência. E é neste movimento que se constrói a função do direito, que é a manutenção das expectativas normativas ao longo do tempo, fazendo com que a sociedade continue a acreditar na efetivação das normas. Na fórmula de contingência desenvolvida por Luhmann (adaptação da complexidade por meio da redução comunicativa ao código binário próprio do sistema, proporcionando ao sistema uma diferenciação em nível de decisão que produza comunicação jurídica) o objetivo principal é conferir consistência às decisões do sistema jurídico. Muito embora tal perspectiva sociológica possa não alterar a realidade jurídica vivenciada, ela é importante na medida em que se observa a importância dos valores sociais invocados com relação ao direito, uma vez que o aspecto sociológico é apenas uma parte do ambiente no qual estamos, todos, inseridos.

E, nesta medida, importa consignar que a mera constatação da realidade sob uma perspectiva sociológica constitui parcela importante na análise do caso

---

84 VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e NiklasLuhmann, in: Direito e Filosofia: a noção de Justiça na História da Filosofia. Maria Constança Peres Pissara; Ricardo Nascimento Fabrini (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 141/142.

concreto submetido a julgamento, mas não a única perspectiva a considerar-se.

3 A necessidade de uma perspectiva garantista no exercício da atividade judicial

Partindo de uma perspectiva dogmático-jurídica, à luz das balizas anteriormente afirmadas, tem-se que os princípios sobre os quais se funda o direito penal (legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes, presunção de inocência) formam um sistema coerente e unitário, conferindo grau máximo de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e tutela do indivíduo contra a arbitrariedade estatal.

A interpretação das normas disponíveis, no sistema judicial brasileiro, e levando em consideração os princípios plasmados na Constituição Federal, haverá de seguir, como regra de obediência aos direitos fundamentais, a ideais garantistas. Estes podem ser resumidos, em princípio, na observância dos direitos fundamentais estampados na Constituição. A interpretação judicial não pode desprezar os ideais plasmados na Constituição Federal, no que diz respeito a direitos fundamentais, e por correspondência, aos deveres fundamentais, até porque, em seu artigo 5º, enuncia "direitos e deveres individuais e coletivos". Desta forma, cabe ao intérprete, na tarefa de solucionar as controvérsias, buscar os valores e critérios que possam limitar ou conformar constitucionalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal[85].

Deste modelo garantista resulta que, aliado ao característico convencionalismo penal (que impõe uma definição legal do desvio, mediante figuras objetivas de comportamento), o juiz se abstenha de realizar valorações morais, vinculando-se unicamente às normas determinantes de comportamentos típicos, previamente estabelecidos.[86]

Essa legalidade estrita visa excluir, portanto, as convenções penais relativas as pessoas, vinculadas a juízos morais de valor, normas estas que, em épocas

---

85 FISCHER, Douglas. "Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais". Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 28. Mar/2009.

86 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

anteriores, serviam para legitimar a perseguição a bruxas, aos hereges, aos judeus, ou todos aqueles que não se enquadravam nos modelos sociais considerados adequados às convenções então estabelecidas.

Ao lado deste chamado convencionalismo penal (mediante o qual apenas as condutas previamente indicadas em lei poderiam tachar-se desviantes), o modelo garantista traz a exigência de que qualquer pronunciamento jurisdicional só será legítimo se possibilitar a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, mediante a respectiva comprovação empírica.

Ou seja, as hipóteses trazidas a análise em juízo somente podem convalidar-se se apoiadas em provas e contraprovas, em um processo dialético de verificação e refutação, baseado em juízos cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito).

Esta concepção cognitiva da jurisdição permite determinar o desvio punível e assegurar a separação entre direito e moral. Parte-se do pressuposto de que determinado comportamento constitui delito em razão de uma convenção jurídica e não por imoralidade intrínseca ou anormalidade, excluída toda função ética ou pedagógica da pena[87].

No Brasil, o garantismo passou a ser adotado de forma bastante incipiente, sendo invariavelmente compreendidode forma equivalente à primazia dos interesses do réu no processo.

Não há dúvida de que a teoria garantista tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados de direitos de primeira geração), entendidos estes como os deveres públicos negativos ou de não fazer, que têm por argumento prestações negativas ou não prestações, por parte do Estado[88]. Ao lado destes, assenta-se também na proteção aos direitos correspondentes às expectativas de comportamento, referindo-se às obrigações dirigidas ao Estado para com seus cidadãos.

> A noção liberal de "Estado de direito" deve ser consequentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações. Digamos, pois que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que

---

[88]FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.

> requerem prestações negativas para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como Estado de direito liberal; onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações positivas para a garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como Estado de direito social.[89].

Nesta dupla perspectiva de proteção, o garantismo deve ser compreendido sob três concepções fundantes:

> Numa primeira acepção, garantismo designa um modelo normativo de direito. Num plano político, revela-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e num plano jurídico "como um sistema de vínculos impuestos a la potestade punitiva del estado em garantia de losderechos de losciudadanos" (...)
>
> Já numa segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da existência e vigência das normas. Sob esse espectro garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser em Direito. Numa frase: o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes.
>
> Pelo prisma de uma terceira acepção, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos[90].

Sendo assim, a teoria garantista não se resume unicamente à proteção dos interesses do indivíduo contra a ação do Estado, mas também como a proteção dos interesses sociais dentro do contexto jurídico em que a lei penal deva ser aplicada.

Neste contexto, ressalta-se que a doutrina e jurisprudência vêm apontando para a aplicação do garantismo também nesta perspectiva (positiva), como fundamento para a vedação da proteção deficiente, consubstanciada nos casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do Direito Penal para a proteção de um direito fundamental[91].

4 O caso concreto: estupro de vulnerável praticado no contexto familiar

---

[89] Id., ib., p. 691.

[90] FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral. 2ª ed. Salvador: Ed. Jvspodium, 2013, p. 33.

[91] Neste contexto, colha-se o voto do Min. Gilmar Mendes, no RE 418376/STF, no qual fez incidir o Direito Penal em caso em que se buscava a extinção de punibilidade de condenado por atentado violento ao pudor, praticado contra menina de oito anos de idade, subsistindo até os doze anos desta, ocasião em que, em decorrência de gravidez, passou a viver em união "estável" com a vítima.

Após breve exposição das perspectivas que possam perpassar a análise de casos concretos, pelo julgador, passa-se à análise do caso escolhido como exemplo para reflexão. Trata-se de julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, no qual se reverteu a absolvição de padrasto que fora acusado da prática de estupro de vulnerável, por haver praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua enteada, menor de quatorze anos à época dos fatos. Oportuno destacar-se trecho da ementa de referido acórdão:

> RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. DELITO PERPETRADO PELO PADRASTO DA VÍTIMA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que é absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, “a” do CPB), quando a vítima não for maior de 14 anos de idade.
>
> No caso sob exame, o recorrido praticou, por diversas vezes, atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a ofendida, sua própria enteada, com 13 anos de idade à época dos fatos.
>
> É entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça que a aquiescência da adolescente – como ocorreu na espécie – não tem relevância jurídico-penal na tipificação da conduta criminosa (EREsp 162.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Félix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).
>
> Repudiáveis os fundamentos empregados pela magistrada de primeiro grau e pelo relator do acórdão impugnado para absolver o recorrido, reproduzindo um padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.
>
> No caso em exame, a vítima foi etiquetada como uma adolescente “desvencilhada de pré-conceitos e preconceitos”, muito segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, pois “sabia o que fazia”. Julgou-se a vítima, pois, afinal, “não se trata de pessoa ingênua”. Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído. Em igual direção caminhou o magistrado de segundo grau, asserir que o vínculo afetivo que a vítima nutria por seu padrasto é “condição de afastamento da aludida violência presumida”, haja vista que – nas palavras do Desembargador-Relator – “tal afeto deve imperar neste afastamento por ser legítimo e, até, moral”. (...)[92]

O Ministério Público, irresignado com o decreto absolutório, que levou em

---

[92] STJ – Resp 1.276.434-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe 26/08/2014.

consideração o comportamento da vítima para então relativizar a presunção de violência então prevista na redação do artigo 224, “a” do Código Penal, interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça, para fazer prevalecer a lei penal neste caso, firmando-se o caráter absoluto da presunção de violência então disposta na norma.

Observa-se, no caso concreto, e que deflui da leitura do acórdão referido, que não há controvérsia quanto às questões fáticas, ou seja, restou confirmada (e admitida pelo acusado) a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com enteada que contava, à época dos fatos, com menos de quatorze anos de idade. Tal circunstância subsumia-se à hipótese traçada no artigo 224, “a” da antiga redação do Código Penal, verbis: *“Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos(...)”,* a fazer transparecer, de imediato, a tipicidade da conduta do acusado que, uma vez não amparada por nenhuma das causas excludentes de ilicitude, ensejaria o reconhecimento de sua culpabilidade.

Todavia, a sentença de primeira instância julgou atípica a conduta, tomando-se como válido o consentimento da vítima, sob os seguintes fundamentos:

> (...) Como foi cogitado naquela peça, (...) não foi vítima de violência presumida e se mostrou determinada para consumar o coito anal com o padrasto. O que fez foi de livre e espontânea vontade, sem coação, ameaça, violência ou temor. Mais: a moça quis repetir e assim o fez. Não pareceu arrependida ou envergonhada, simplesmente fez o que sentiu vontade.
>
> A maneira pela qual se expressou nas diferentes ocasiões deu para divisar o quanto a jovem é desvencilhada de pré-conceitos e preconceitos. Repetiu mais de vez, que gostava do padrasto e quis o contato íntimo. Sabia o que fazia. Não se trata de pessoa ingênua.

Com tais fundamentos, a julgadora de primeira instância relativizou a presunção de violência insculpida no artigo 224, “a” com a redação original do Código Penal, afastando a alegação de tipicidade da conduta, absolvendo o réu.

Os fundamentos enumerados pela sentença de primeira instância chamam a atenção por carregarem consigo forte carga de valoração moral da situação fática, afastando determinação legal impositiva, consubstanciada em norma penal. O caso, pela peculiaridade típica dos delitos que envolvem violência doméstica contra criança e adolescente, chegou à Corte Superior de Justiça, que, em julgamento de recurso, também efetuou valoração moral da conduta, desta feita em sentido diametralmente oposto ao realizado em primeira e segunda instâncias. Resta saber, dentre as duas

perspectivas apresentadas, qual delas se mostrou mais consentânea com os princípios insculpidos na Constituição Federal, e aos quais devem os operadores do Direito obediência.

Dentro do modelo de análise proposto por Kelsen, moral e direito constituem diferentes espécies de sistemas de normas, mantendo, todavia, suas respectivas autonomias. Isto quer dizer que o direito pode ser moral (no sentido de ser justo), mas não tem, necessariamente, de sê-lo, ou que uma ordem social que não é moral pode, no entanto, ser Direito[93].

Transpondo-se a perspectiva kelseniana para o caso concreto em análise, a mera confirmação da prática de atos libidinosos com menor de catorze anos faria inferir, de imediato, a tipicidade da conduta, e por conseguinte a responsabilização penal do agente. Ou seja, havendo uma norma, proveniente de agente com poder para editá-la, tendo esta, portanto, validade (aptidão para gerar efeitos no mundo real) e vigência, há de ser aplicada.

Tal raciocínio, embora formalmente correto, na época do julgado, em algumas hipóteses de extrema excepcionalidade, poderia resultar em uma punição em desacordo com o que se esperava de justiça, no caso concreto. Como por exemplo, figure-se o caso de um casal de namorados, contando ele com dezoito anos de idade, e ela, com treze, vindo aquele a ser indiciado no caso de vir a conhecimento da autoridade policial, por intermédio de representante legal da vítima, de que ambos mantinham relacionamento sexual. A hipótese trazia a possibilidade de equiparação do jovem no exemplo ao modelo de criminoso (estuprador), indiferente à incolumidade sexual de suas vítimas[94]. Eram os subterfúgios utilizados nos casos em que se verificava o descompasso entre os avanços de comportamento na sociedade, que não mais se coadunavam com as prescrições de um Código Penal de uma era já ultrapassada. Ressalte-se que tais abrangiam apenas hipóteses especialíssimas, como as do exemplo anteriormente apontado, evidentemente não abarcando os casos de

---

93 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 72.

94 Ressalve-se que, nestes casos, vinha a jurisprudência admitindo a relativização da presunção de violência em casos em que restasse comprovada a experiência sexual anterior da vítima, a excluir o caráter de vulnerabilidade desta, ou mesmo admitindo-se o caráter relativo, quando da análise do conjunto probatório (como, por exemplo, aparência física e comportamento da vítima) não se tivessem elementos seguros para inferir-se que o acusado detinha efetivamente conhecimento da real idade da vítima. Neste sentido o julgado emblemático proferido em sede de habeas corpus, STF – HC 73662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/09/96, p. 34.535.

abuso no contexto doméstico.

Criava-se, assim, uma regra de reconhecimento, segundo o modelo proposto por Hart, inserindo-se no contexto de aplicação da norma posta pelo sistema (ato de vontade, independente desta, editado pelo legislativo, gerando plenos efeitos no mundo real, com carga de impositividade) a prática social adotada como critério de validade da conduta, naquele momento histórico.

A estratégia utilizada para evitar mal maior causado pelo sentimento de injustiça, todavia, foi aos poucos tomando vulto de generalização, uma vez que o sistema jurídico brasileiro se orienta não somente pela determinação da lei e doutrina, característica dos sistemas submetidos ao *civil law*, mas também pela força orientadora dos precedentes, consubstanciados nos inúmeros julgados que terminaram por banalizar o instituto da relativização inclusive quando o foco maior de atenção deveria ser o da proteção da infância e adolescência contra males como o da prostituição[95].

Foi dentro desta antinomia entre o conceito de vigência e validade da norma específica ao caso de delitos sexuais quando se tratasse de violência presumida em razão da idade da vítima, em casos específicos[96], que a jurisprudência pátria oscilou entre favorecer os interesses dos réus, levando em consideração questões circunstanciais ao tipo descrito na lei penal, como características físicas da vítima ou seu comportamento social, e a aplicação do texto insculpido na lei penal, reconhecendo-se a tipicidade da conduta unicamente pela subsunção do fato ao tipo.

No julgado destacado, porém, a inovação surge quando se levam em conta aspectos diversos ao que se vinha considerando até então: o reconhecimento da

---

[95]Aliás, vale conferir o julgado proferido pelo STJ, EREsp 1.021.634/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 23/03/12. O caso analisou a condenação de um indivíduo por haver mantido, reiteradamente, relações sexuais com três jovens, todas menores de catorze anos de idade, que já se entregavam à prática da prostituição. A relativização da presunção de inocência, neste caso, fundou-se na demonstração de que o agente não se teria aproveitado da inocência e ingenuidade das vítimas, acerca das coisas afetas ao sexo, posto que estas já tinham vivência em referidas práticas.

[96]Ferrajoli, em contraposição ao modelo kelseniano, propugnava vincular-se o critério de vigência da norma à submissão desta a critérios formais, ou seja, de obediência a normas superiores quanto a seu processo de edição, e o critério de validade a submissão de seu conteúdo aos princípios inculpidos na norma fundamental. Os direitos fundamentais, seja os direitos sociais e as obrigações positivas que impõe ao Estado, sejam os direitos de liberdade e os correspondentes deveres negativos que limitam suas intervenções, equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e expressam ao mesmo tempo, os fins a que está orientado este moderno artifício que é o estado constitucional de direito (FERRAJOLI, Derechos y Garantias. 4ª ed. Madri: Trotta, 2004, p. 22).

tipicidade da conduta partiu da observância tão-somente da idade da vítima para firmar-se a culpabilidade do indivíduo acusado de delito sexual (e neste ponto, percorrendo caminho que culminou na necessidade de afastamento de qualquer juízo moral sobre o comportamento social da vítima ou particular conduta que tenha em algum momento provocado a eclosão do delito), desembocando na afirmação máxima de que o afastamento de qualquer juízo moral acerca de qualquer atributo ou características da vítima decorre da necessidade de afirmação da defesa dos direitos fundamentais das vítimas, como medida de garantia da própria subsistência de nosso sistema jurídico, fundado em princípios garantistas.

A própria alusão, no corpo do voto, a que o direito penal moderno não se compadece com a desproteção de direito de crianças e adolescentes, pela natural fragilidade física e psíquica destas, robustece o caráter garantista dos argumentos que o informam.

> Nem creio seja preciso muito esforço para se deduzir que a referida magistrada seguiu um padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva e a partir daí se julga o réu.
>
> (...) Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justifica-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima”, ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados. (...) Julgou-se a vítima, pois afinal, “não se trata de pessoa ingênua”. Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal – aqui, uma juíza – que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído.
>
> Igualmente frágil a alusão ao “desenvolvimento da sociedade e dos costumes” como fator que permite relativizar a presunção legal de violência de que cuidava o art. 224, “a” do CPB. Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda ao sustentado no voto hostilizado. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Ou seja, se antes a constatação da tipicidade da conduta em casos que tais firmava-se unicamente em um juízo de subsunção do fato à norma – verificado que a idade da vítima se amoldava ao descrito no tipo penal, concluía-se pela existência de conduta típica, hoje a constatação da ocorrência dos requisitos formalmente descritos na norma – e unicamente estes – decorre da necessidade de reafirmação de princípios cuja concretização resulta de compromisso assumido em nossa lei maior, qual seja, a garantia de direitos fundamentais, e neste caso específico, de direitos fundamentais de maior relevância, direitos de criança ou adolescente vítima de violência sexual. Em outras palavras, buscou-se conferir proteção maior à sociedade, e por via transversa, à vítima, conferindo-se efetividade ao princípio garantista previsto em nossa ordem jurídica a partir da edição da Constituição Federal.

Na verdade, no caso presente, ao buscar tutela de direito fundamental de parte importante na relação processual – a vítima – no direito penal, conferiu-se efetividade ao princípio garantista que norteia nosso sistema jurídico, a partir da nova ordem constitucional. Se de um lado a perspectiva garantista pressupõe a defesa de direito do indivíduo contra ato do Estado (garantismo negativo), de outro deve assegurar o equilíbrio nas relações sociais e, por consequência, também a proteção de direitos a prestações positivas, neste passo consubstanciados em direitos da sociedade à segurança e incolumidade. Neste contexto, importa salientar que a vítima constitui parte importante na relação processual, e em uma ordem constitucional de garantia de direitos, é protagonista e merecedora de particular atenção. Sendo assim, a perspectiva positiva garantista abrange não somente os direitos prestacionais da coletividade, mas também a perspectiva de proteção dos direitos da vítima, tanto que a lei processual penal lhe confere, a partir da reforma iniciada em 2008, direitos efetivos de participação na relação processual.

Daí porque, em casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, no que diz respeito à interpretação da presunção de violência em razão da idade da vítima, a jurisprudência evoluiu de um mero juízo de subsunção do fato à norma (verificação da idade da vítima, no caso concreto, para posterior efetivação de um juízo de culpabilidade acerca da conduta do réu) para, evidenciadas as diversidades de comportamento resultantes da modernização dos costumes, passar-se, a partir da edição de uma regra de reconhecimento, a modulação do comando normativo, adequando-se-o a cada caso concreto, o que resultou em distorções do sistema,

chegando em alguns casos a evidenciação de impunidade penal.

O julgado em questão firma, em um contexto penal vinculado não somente ao comando normativo (típico dos sistemas vinculados ao *civil law*, como o nosso), mas também atento às variações de entendimento jurisprudencial, novamente a primazia da vontade da lei em casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, todavia, com o fundamento de que a obediência à lei decorre da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente das vítimas, primado estabelecido pelo estado brasileiro em razão de princípios maiores plasmados na Constituição Federal e nos tratados internacionais firmados.

Conclusão

A concepção de validade e interpretação da norma, sob a perspectiva positivista, desde o início mostrou a dificuldade de solução a determinados casos, diante da insuficiência do critério da subsunção propugnado, justamente em razão da complexidade das relações humanas.

Neste contexto, a dificuldade do intérprete em admitir um espaço de discricionariedade no momento da escolha da solução, bem como o problema derivado do espaço semântico da aplicação dos signos linguísticos à realidade fática, fez com que se buscassem novos caminhos para uma melhor determinação do direito aplicável ao caso concreto.

Partiu-se, portanto, à construção de uma concepção de direito como um conjunto de regras inseridas dentro de determinado contexto social. O critério de validade da norma dependeria da conduta social reconhecida em determinado momento histórico na comunidade em que subsiste.

Todavia, mesmo se admitindo, dentro do processo interpretativo – e no esforço em determinar-se qual o melhor direito aplicável ao caso concreto – a possibilidade de inserção de conceitos de cunho social na determinação das regras aplicáveis, a insuficiência deste modelo normativo ensejou a adoção de critérios outros para solução dos casos difíceis.

Nesta linha, partiu-se para uma tentativa de definição de uma teoria do direito com base na seleção de argumentos jurídicos adequados, compreendidos

como aqueles fundados na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em determinada comunidade. Assim, o juiz poderia agir guiado por princípios, que integrariam o direito tanto quanto as regras, podendo inclusive alterar estas últimas, quando não obedeça aos padrões obrigatórios de uma comunidade. O julgador agiria desta forma na busca da melhor resposta ao caso concreto.

No Brasil, este movimento interpretativo pôde ser verificado nos casos de julgamento de crimes contra a liberdade sexual envolvendo crianças e adolescentes. A antiga redação do Código Penal previa, em seu artigo 224, “a”, hipótese de presunção de violência, quando a vítima contasse com menos de quatorze anos de idade. A partir daí, surgiram inúmeros casos específicos, nos quais se buscou, na fundamentação de sentença, afastar a hipótese de presunção prevista na lei, mediante a utilização de argumentos de natureza moral que afastassem o caráter reprovável da conduta posta em análise ao julgador. Nestes, partia-se da verificação do comportamento da vítima face às modificações operadas na sociedade, relativamente aos costumes, em oposição ao que se verificava na sociedade à época da edição do Código Penal, para, então, relativizar-se a presunção de violência prevista objetivamente na norma, afastando-se a tipicidade da conduta.

De um juízo de mera subsunção do fato à norma, passou-se a analisar o comportamento da vítima sob o prisma moral, de acordo com os costumes da época, para então analisar-se eventual reprovabilidade da conduta do réu. Critérios como o esclarecimento sexual da vítima, devido a maior circulação de informação empreendida pelos meios de comunicação, ou mesmo eventual evolução dos costumes quanto ao comportamento sexual da mulher foram levados em consideração para, em casos especiais, afastar-se a tipicidade da conduta por meio da relativização da presunção de violência em razão da idade da vítima. Tais exercícios de argumentação pautaram-se, de início, na busca de uma melhor solução ao caso concreto, e levando em consideração princípios maiores de proteção à pessoa do réu, bem como a busca da solução mais adequada (justa) ao caso concreto.

No entanto, a proliferação de argumentos de cunho moral, no exercício de defesa de direitos fundamentais apenas dos réus acabaram por levar a soluções que ensejaram o desequilíbrio na relação processual, redundando em respostas penais desproporcionais, na medida em que se a melhor interpretação da lei deveria ser a

que assegurasse os melhores argumentos em consonância com os princípios de proteção plasmados na Constituição, estes argumentos deveriam dar primazia não somente à proteção dos direitos fundamentais do réu, mas também deveriam obediência à proteção a interesses maiores da sociedade e, em um segundo momento, da vítima.

Sob esta perspectiva, a interpretação a ser conferida em sede de julgamento de delitos de natureza sexual contra crianças e adolescentes haveria de observar os princípios garantistas, consignados no sistema jurídico pátrio na medida em que previssem a prevalência a defesa de direitos fundamentais do réu (consubstanciados em ações negativas por parte do Estado), mas também direitos da sociedade (consubstanciados em prestações positivas do Estado, dever de ação). Neste último aspecto, consigne-se que o dever de proteção estatal seria conferido à sociedade na defesa de seus direitos, na medida em que enunciaria a este último o dever de agir de forma como propugnado na lei, na defesa do direito da coletividade, consubstanciado no direito à segurança pública e à proteção da incolumidade de seus indivíduos.

Sendo assim, o acórdão paradigma informa, com a devida precisão, que em casos de violência sexual praticada contra criança ou adolescente, a interpretação a ser conferida deverá ser justamente aquela de aplicação do disposto na lei penal, mas não unicamente compreendido em mero exercício subsuntivo.Ao argumento meramente subsuntivo do fato à lei, devem ser acrescidos fundamentos fincados na necessidade de proteção da infância e adolescência, ideais firmados não somente na Constituição Federal, mas também em tratados dos quais o Estado Brasileiro foi parte.

Do ideal subsuntivo propugnado pela escola positivista, acresceram-se argumentos de cunho garantista, conferindo justificação que ultrapassa a mera adequação do fato à norma, e afastando qualquer ilação acerca da conduta sexual da vítima, como forma de defesa dos direitos de alguém que, se não em um primeiro momento não seria protagonista da cena, ao menos é parte importante na relação processual: a vítima.

Referências

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

______________. Derechos y Garantias. La Leydelmás débil. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral. 2ª ed. Salvador: Ed. Jvspodium, 2013

HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 6ª edição. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2011

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e NiklasLuhmann, in: Direito e Filosofia: a noção de Justiça na História da Filosofia. Maria Constança Peres Pissara; Ricardo Nascimento Fabrini (coord.). São Paulo: Atlas, 2007

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006

____________.A Ilusão da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998

____________. O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998

CAPÍTULO 5

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ADPF 54 NA VISÃO DE HERBERT L. A. HART

Víctor Minervino Quintiere

RESUMO: Este trabalho debate o julgamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre o aborto de feto anencefálico (ADPF nº 54) à luz da concepção filosófica de Herbert L. A. Hart. Neste passo chega-se à conclusão de ter existido consonância entre o referencial teórico apresentado e a decisão examinada no sentido de quea decisão não merece reparos haja vista sua função política e social.

Palavras Chave: Direitos Fundamentais, Herbert A. Hart,Supremo Tribunal Federal, Aborto, Feto Anencefálico, Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

No âmago do Direito Constitucional, mais especificamente no campo da hermenêutica constitucional, ganham destaque questões envolvendo ponderação de Direitos Fundamentais. Nesta perspectiva será abordada a ADPF 54, que tratou sobre o aborto de fetos denominados anencefálicos e sua criminalização de acordo com o Código Penal.

Neste prisma, o presente artigo é separado em três partes, senão vejamos: teoria de Herbert L. A. Hart sobre direito, teoria dos direitos fundamentais e análise do julgamento da ADPF 54.

Na primeira parte será abordada a teoria de Herbert L. A. Hart tendo como foco os capítulos em que aborda os fundamentos de um sistema jurídico, o formalismo e cepticismo sobre as regras, a relação de justiça e moral e a relação entre direito e moral.

Na segunda parte do artigo serão abordadas as dimensões dos direitos fundamentais desde a primeira geração, passando pela segunda e terceira com o objetivo de se chegar, finalmente, a considerações sobre a quarta e a quinta gerações, respectivamente, haja vista sua intrínseca relação com a questão do aborto de fetos anencefálicos em face da Constituição Federal.

Na terceira parte do artigo será desenvolvida análise a respeito da ADPF

54 a qual foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2012 tendo como principal objetivo, além de trazer suas principais fases, relacionar tal julgamento a teoria proposta por Herbert Hart.

1 O DIREITO NA VISÃO DE HERBERT. HART: ANALISE DO CAPITULO VI, VII E VIII DA OBRA "O CONCEITO DE DIREITO"

Ao tratar no capítulo VI sobre "os fundamentos de um sistema jurídico" Hart inicia sua abordagem analisando as denominadas regras primárias que, em sua visão, seriam aquelas que exigem que os seres humanos façam ou abstenham-se de fazer determinadas ações ainda que contra sua vontade[97].

Em seguida aborda as regras secundárias as quais se caracterizam por serem aquelas que permitem aos seres humanos criar, extinguir e modificar, aplicar e fiscalizar a execução das regras primárias[98].

Nesta linha, Hart vislumbra o direito como aquilo que simboliza em verdade um sistema composto tanto por regras primárias como por secundárias[99].

Trabalhando o direito como sistema composto pelas duas espécies de regras acima conceituadas é realizada reflexão acerca dos problemas de um sistema composto apenas por regras primárias sendo, por consectário lógico, apresentada por Hart a correspondente regra secundária que solucionaria o problema[100].

No tocante a incerteza, o simples conjunto de regras primárias (regras de obrigação) criado sem um critério de organização sistemático é incapaz de oferecer segurança na resolução de eventuais conflitos entre tais normas e nos casos de recusa do cumprimento pelo não reconhecimento. Seria muito complicado afirmar se determinada regra é, de fato, reconhecida pelo ordenamento em questão[101].

---

[97]HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 111/129.
[98] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 111/129.
[99] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 111/129.
[100] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 111/129.
[101] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 102.

Analisando as regras de reconhecimento como sendo aquelas capazes de estabelecer um parâmetro para o reconhecimento de determinados aspectos em um comando que o identifique, somente regras primárias devidamente reconhecidas podem fazer parte do sistema. Daí surge a solução para o problema denominado pelo autor de incerteza[102].

Do mesmo modo, as normas reunidas sem critérios claros não podem ser modificadas e adequadas aos novos anseios da sociedade, exceto, claro, pelo longo processo de evolução dos valores sociais[103]. Daí que surge a concepção de estaticidade para Hart.

Para solucionar este problema é proposta a existência de uma espécie de regra de alteração (ou de mudança) uma vez que "confere poder ao indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo [...] e para eliminar regras antigas"[104].

Encerrando as problemáticas levantadas, a falta de um poder ou de uma autoridade indicada pelo conjunto de normas dificulta a concretização da pressão social quando esta for resistida pelos infratores, ao passo que incentiva a vingança privada. Trata-se aqui do problema da ineficácia[105].

Como solução para este problema o autor sugere o que denomina de "regras de julgamento (ou adjudicação)" nada mais sendo aquelas que "dão poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária"[106]. Trata-se, portanto, das regras que determinam e distribuem as competências jurisdicionais em um dado sistema.

Em seguida, ao tratar da validade do direito Hart a considera como somatório das regras de reconhecimento (aqui entendidas como parâmetro último e

---

[102] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 105.
[103] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 102.
[104] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 106.
[105] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 103.
[106] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 107.

supremo da identificação sistêmica) com a manifestação dos juízes e tribunais[107].

Em outras palavras, para Hart validade significa dizer que a norma foi totalmente "recepcionada" pelos critérios estabelecidos pelas regras de reconhecimento, que, em última análise, serão (ou podem ser) examinadas pelos juízes e tribunais[108].

Já no que diz respeito a eficácia da norma, determinada norma é eficaz quando é mais obedecida do que desobedecida. Neste prisma, validade e eficácia não se confundem, salvo se uma determinada regra de reconhecimento exigir a eficácia como pressuposto para uma norma integrar determinado sistema[109].

Nesta senda e dando continuidade, ao tratar o capítulo VII de sua obra (Formalismo e cepticismo sobre as regras) é realizada em caráter preliminar dissertação sobre a textura aberta do direito.

No capítulo VII ao tratar do formalismo e cepticismo sobre as regras Hart inicia seu raciocínio dizendo, *in verbis:*

> em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceberem, sem ulteriores directivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito poderia existir. Dai resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a categorias de pessoas, e a categorias de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz[110].

Ou seja, as regras gerais, os padrões e os princípios devem constituir o principal instrumento de controle social, não servindo para tal fim as diretivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo[111].

---

107 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 115.

108 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 115.

109 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 115.

110 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 137.

111 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 137-148.

Pois bem. Em seguida o autor analisa o que chama de “vício” na teoria jurídica. Trata-se do formalismo[112].Em sua perspectiva o formalismo consiste em atitude em relação as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral[113].

Neste passo, a textura aberta do direito significa, em resumo:

> há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflituantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como foi, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso[114].

Em seguida, no mesmo capítulo, são retratadas as variedades de cepticismo sobre as regras. O cepticismo, na visão de Hart, no mesmo instante em que admite todas as objeções feitas até o presente momento chegaria ao patamar de afirmar que, no que tange os tribunais, trata-se de falácia considerar que magistrados estariam eles próprios sujeitos às regras ou “vinculados” a decidir casos como o fazem[115].

Nesta linha de raciocínio o céptico é chamado pelo autor de *“absolutista desapontado”* uma vez que descobriu que as regras não são tudo aquilo esperado em uma espécie de *“paraíso”*por um formalista ou em um mundo onde os seres humanos fossem iguais aos deuses e pudessem, por derradeiro, prever todas as combinações possíveis de fato, de tal forma que a “textura aberta” não fosse um aspecto necessário das regras[116].

Neste diapasão Hart, após analisar as espécies de cepticismo sobre as regras chega a uma importante conclusão, senão vejamos:

---

112 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 137-148.
113 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p. 137-148.
114 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.148.
115 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.149-155.
116 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.149-155.

> A última forma, mas extremamente interessante, de cepticismo sobre as regras não repousa nem no caráter aberto das regras jurídicas, nem no caráter intuitivo de muitas decisões, mas no facto de a decisão de um tribunal ter uma posição única como algo dotado de autoridade e, no caso dos supremos tribunais, de definitividade.[117]

Abandonando as discussões sobre o cepticismo é iniciada, como passo metodológico de sua teoria inclusive, abordagem sobre a definitividade e infalibilidade na decisão judicial.

Ao tratar da definitividade e infalibilidade na decisão judicial, tomando como exemplo hipotético as decisões de um Supremo tribunal, Hart objetiva abordar a ambiguidade existente em frases como a de que "o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é.[118]

Comparando o comportamento dos tribunais a uma série de exemplos (como quando jogamos sem marcadores oficiais de contagem dos pontos) chega-se a conclusão, tendo sido realizado breve estudo acerca das denominadas predições que:

> em muitos casos, as predições sobre o que fará um tribunal sejam semelhantes à predição que poderíamos fazer de que os jogadores de xadrez movimentarão os bispos em diagonal: baseiam-se em última análise numa apreciação do aspecto não-previsível das regras e do ponto de vista interno das regras como padrões aceites por aqueles a quem as predições se referem.

Ao tratar sobre a incerteza quanto à regra de reconhecimento Hart destaca incialmente que o formalismo e o cepticismo sobre as regras seriam os "Cila e Caríbdis" da teoria jurídica uma vez que "são grandes exageros, salutares na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles"[119].

Neste tópico Hart, com base em tópico deixado no fim do Capítulo VI, objetiva analisar a "incerteza não de regras jurídicas concretas, mas da regra de conhecimento e, por isso, dos critérios últimos usados pelos tribunais para identificar as regras de direito válidas"[120].

Neste prisma, ao tratar da "franja" de diversas questões envolvendo os

---

[117] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.154.
[118] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.154.
[119] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.161.
[120] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.161.

prismas ceptico e formalista Hart conclui que “aquilo que tonar possível estes desenvolvimentos notáveis pelos tribunais das regras mais fundamentais é, em grande medida, o prestígio obtido pelos tribunais a partir dos actos indiscutivelmente regidos pelas regras sobre as zonas vastas e centrais do direito”[121].

Na sequência o autor analisa a relação entre Direito e Moral.Iniciando o capítulo VIII Hart aborda o tema principal de sua obra que, de acordo com ele,

> reside em que muitos dos actos característicos do direito e muitas das idéias que constituem a estrutura do pensamento jurídico exigem para a sua elucidação a referência a um destes dois tipos de regra[122] ou a ambos e que a sua união pode ser vista a justo título como a essência do direito, embora eles possam não aparecer sempre juntos todas as vezes que a palavra direito é corretamente usada os denominados “princípios de justiça[123].

Ademais, é pontuado o objetivo específico do capítulo, qual seja: o de analisar a relação existente entre direito e moral com o intuito de tornar possível entender o que consistiria o próprio direito[124].

Pois bem. Entendendo a justiça como um desmembramento da própria moral o autor realiza uma série de reflexões abordando o porquê de determinada norma ser considera (in) justa chegando a conclusão:

> quertal seja verdade ou não, parece claro que a justiça neste sentido é, pelo menos, uma condição necessária que deve ser satisfeita por qualquer escolha legislativa que pretenda ser assumida para o bem comum.Temos aqui um aspecto suplementar da justiça distributiva, diferenciado daquelas formas simples que temos discutido. Isto porque aquilo que é distribuído de forma justa não é qualquer benefício específico entre uma classe de pessoas que o pretenda, mas uma atenção imparcial e uma consideração das pretensões em conflito, relativamente a benefícios diferentes.[125].

No tópico intitulado “Obrigação moral e jurídica e Ideais morais e crítica

---

[121] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.168.

[122] Lembrando que os dois tipos de regras a que o autor se refere são, respectivamente as regras primárias de obrigação e as regras secundárias as quais podem ser classificadas como de reconhecimento, alteração e julgamento.

[123] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.169.

[124] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.169.

[125] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.182.

social” Hart destaca importante constatação no sentido de que os princípios de justiça não exaurem a ideia de moral e nem toda a crítica do direito com fundamentos morais é fundamentada na própria ideia de justiça.[126]

Neste prisma, Hart pontua:

> podem condenar-se leis como moralmente más pela simples razão de que exigem dos homens acções concretas que a moral proíbe os indivíduos de praticar, ou porque exigem que os homens se abstenham de praticar as que são moralmente obrigatórias[127].

Neste diapasão é destacada pelo Autor a importância da caracterização, em termos gerais, de tais princípios, regras e padrões relativos à conduta dos indivíduos pontuando duas grandes dificuldades para este estudo, quais sejam: palavras como moral e ética possuem, em seu significado, uma considerável área de imprecisão ou de “textura aberta”[128].

Ademais, na concepção de Hart, “pode ainda haver um grande desacordo filosófico quanto ao seu estatuto ou relação com o resto do conhecimento e experiências humanos”.[129]

Mais adiante são destacadas as semelhanças entre regras morais e jurídicas de obrigação e de dever, quais sejam:

> são semelhantes na medida em que são concebidas como vinculativas, independentemente do consentimento do individuo e são sustentadas por uma pressão social séria para a sua observância; o cumprimento das obrigações, quer jurídicas, quer morais, é encarado não como motivo de elogio, mas como um contributo mínimo para a vida social que é tomado como coisa corrente.Além disso, quer o direito, quer a moral incluem regras que regem o comportamento de indivíduos em situações constantemente repetidas no decurso da vida, mais do que me actividades ou ocasiões especiais, e, embora ambos possam incluir muito do que é específico em relação às necessidades reais ou imaginadas de uma sociedade concreta, um e outra fazem exigências que devem evidentemente ser satisfeitas por qualquer grupo de seres humanos que pretenda conseguir viver em comum[130]

---

[126] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.182.
[127] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.182.
[128] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.183.
[129] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.183.
[130] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação

Nesta senda, o autor reflete sobre as diferenças entre regras morais e jurídicas de obrigação e de dever sob a perspectiva dos seguintes tópicos: i) importância; ii) imunidade à alteração deliberada; iii) carácter voluntário dos delitos morais e; iv) a forma de pressão moral[131].

Analisando de maneira pormenorizada o que seriam os ideais morais e a denominada "crítica social" Hart conclui nesta parte do livro, *in verbis:*

> nem todos os prolongamentos da moral para além das obrigações e dos ideais geralmente reconhecidos numa sociedade dada têm necessidade de tomar a forma de crítica social. É importante recordar que a moral tem os seus aspectos privados, mostrados no reconhecimento pelo indivíduo dos ideais que ele não tem necessidade nem de partilhar com os outros, nem de considerar como uma fonte de crítica dos outros e, muito menos, da sociedade como um todo. Há vidas que podem ser regidas pela dedicação à prossecução de ideais heroicos, românticos, estéticos ou intelectuais ou, de forma menos agradável, à mortificação da carne.[132]

2 DAS DIMENSÕES (GERAÇÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ab initio, para que possamos entender a relação entre a ADPF 54 julgada pelo Supremo Tribunal Federal e a teoria proposta por Hart oportuno tecer ponderações sobre os direitos fundamentais e suas dimensões (gerações).

Antes, contudo, de aprofundar a análise sobre as dimensões propriamente ditas oportuno tecer breves considerações acerca do conceito e do histórico dos direitos humanos com o intuito de evitar confusões por parte do leitor.

Na leitura de Paulo Farias[133] direitos humanos seriam *"os direitos da pessoa humana, enquanto indivíduo e cidadão, que são inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, com eficácia erga omnes, e que têm origem nos denominados direitos naturais, podendo identificarem-se como direitos transindividuais, coletivos e difusos. São inerentes à pessoa e devem ser respeitados*

CalousteGulbenkian, 2001. p.187.

131 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.187/195.

132 HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001. p.199.

133 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 157.

e implementados pelo Estado".

Dando continuidade, a expressão direitos humanos, em sentido amplo, pode ser entendida como gênero das diversas espécies (direitos civis, liberdades fundamentais, liberdades públicas, entre outras), sem prejuízo da compreensão do tema[134].

Nesta perspectiva, inquestionável se torna o enfoque sobre uma característica importantíssima dos direitos fundamentais, qual seja: historicidade. Trata-se de direitos concebidos doravante processo histórico constante e paulatino. Neste sentido a doutrina especializada se manifesta, a exemplo de Norberto Bobbio[135].

Esclarecido este ponto importante se torna o recorte temporal para o estudo dos direitos fundamentais. Nesta senda, no mesmo sentido apontado por doutrinadores como Andrade as gerações dos direitos fundamentais serão estudas a partir da Idade Moderna[136].

Ao contrário do que ocorreu na "Cidade Antiga", a época contemporânea é caracterizada pelo trato dos direitos fundamentais apesar de que, por muitas vezes, tais direitos acabam sendo deslocados para um segundo plano[137].

Pois bem. Analisando a teoria dos quatro *status* de Jellinek é possível inferir, encerrando breve reflexão acerca dos direitos fundamentais, que trata-se na verdade do processo histórico de afirmação da pessoa humana e de seus direitos[138].

Evolução dos direitos fundamentais na idade moderna

---

134 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 157.

135"os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.(...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas".BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 5-19.

136 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 157.

137 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 158.

138 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 157.

2.1.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Apesar da importância da *Virgínia Bill ofRights* (1776), da *DéclarationdesDroit de l´Homme et duCitoyen*, da *Magna ChartaLibertatum* (1215) e dos demais documentos de franquia concedidos na Espanha, Portugal, Hungria, Polônia e Suécia compartilhamos a opinião de Paulo Farias no sentido de que a "primeira realização concreta dos direitos humanos vem bem depois da Idade Antiga"[139].

Neste viés, tendo como ponto (incipiente) de partida o direito comunal europeu, fundado na liberdade e na igualdade, passando pela concepção jusnaturalista, pelas doutrinas contratualistas (de Hobbes, Locke e Rousseau), pelos direitos dos ingleses (*PetitionofRights*, *Habeas Corpus Act* em 1679 e *Bill ofRights* em 1688), pela revolução americana e pela revolução francesa com a consequente queda do absolutismo é possível vislumbrar um avanço social no sentido de serem garantidos aos cidadãos o direito a propriedade, a igualdade formal (perante a lei), a liberdade de religião, entre outros direitos onde Estado é obrigado a não intervir na vida privada das pessoas[140].

Neste sentido, os direitos fundamentais de primeira dimensão, surgidos no final do século XVIII[141] representam, na perspectiva de Daniel Sarmento, "*limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados*"[142].

2.1.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Nota-se, diante de reflexão realizada a partir dos pressupostos teóricos e históricos dos direitos fundamentais de primeira geração que existia, principalmente na Europa, corrente liberal que, infelizmente, acabou virando sinônimo de individualismo. Tal característica serviu como mola propulsora de inúmeras e graves

---

139 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 162.
140 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 176.
141 DIÓGENES JUNIOR, JórgeEliaci Nogueira. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais? Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 05 jan.2014.
142 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13

desigualdades sociais. Neste aspecto, Paulo Farias[143] destaca, *in litteris*:

> Para corrigir o individualismo exacerbado do Liberalismo Puro, que fez com que se gerassem alarmantes desigualdades sociais, estando, de um lado, minoria detentora dos meios de produção, ou seja, das propriedades agrícolas e industriais, e de outro, vasta maioria expoliada pela excessiva carga horária de trabalho, péssimas condições no exercício deste e insuficiente remuneração, surge o Estado como agente modificador das desigualdades sociais, promovendo a diminuição das diferenças sociais e a busca da igualdade material.

Consequentemente, diante deste contexto fático, Ingo Wolfgang Sarletse refere ao fato de que “os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico”[144].

2.1.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Com o passar dos anos a figura do homem-indivíduo fica em segundo plano sendo ressaltada, por derradeiro, a humanidade como algo a ser priorizado (humanidade simbolizando o homem visto como um todo). Vale aqui a ressalva de que a doutrina os qualificam como direitos dos povos[145].

Trata-se de diretos que tutelam não apenas um único indivíduo e sim um grupo ou determinado Estado. Nesta perspectiva revela-se a tutela ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à autodeterminação, à participação no patrimônio da humanidade entre outros[146].

Na visão de Paulo Bonavides[147] simbolizam o seguinte, senão vejamos:

---

143 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 178.

144SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do advogado editora. 2012. p. 50.

145 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 180.

146 FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.p. 180.

147BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 569.

> Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

2.1.4 Considerações sobre os direitos fundamentais de quarta geração

Em que pese a divergência quanto ao conteúdo (enquanto Noberto Bobbio[148] relaciona os Direitos Fundamentais de quarta dimensão àqueles relacionados à engenharia genética[149] Paulo Bonavides[150], por exemplo, vislumbra os direitos de quarta dimensão como sendo aqueles relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo) boa parte da Doutrina entende plausível a existência dos direitos de quarta geração, principalmente, em detrimento do fenômeno da globalização.

2.1.5 Considerações sobre os direitos fundamentais de quinta geração

Encerrando a breve exposição das dimensões dos direitos fundamentais doutrinadores como José Adércio Sampaio[151] e Paulo Bonavides defendem a existência da denominada quinta dimensão de direitos fundamentais ressaltando este último o direito à paz como o principal foco em face dos acontecimentos que vem perturbando o mundo (ex: atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos[152]).

148BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, p. 6. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

149 Neste mesmo sentido, Paulo Farias ensina no Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade ministrado no Instituto de Direito Público na disciplina Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados.

150BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

151SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.302.

152HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In Direitos Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008, p. 195-197. Sobre a obra oportuno destacar o seguinte trecho, senão vejamos: "...em recentes debates científicos (IX Congresso

Acrescentando ao rol apontado acima de direitos fundamentais, Paulo Farias menciona o direito a sistemas informatizados como sendo pertencente à quinta geração[153]. Entendendo as características de cada dimensão de direitos fundamentais é possível,mais adiante, analisar o enfrentamento entre direito a vida e direito à livre disposição do corpo da mulher.

3. JULGAMENTO DA ADPF 54 E A (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DE HERBERT HART

Antes de analisarmos a (in) aplicabilidade da teoria de Herbert Hart no que tange o julgamento da ADPF 54[154] oportuno se faz realizar breve relato do que ocorreu naquele julgamento.

Pois bem. Tratou-se de ação de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil pedindo que a Corte Constitucional, naquela ocasião, conferisse ao Código Penal uma interpretação conforme a Constituição e declarasse que o aborto de fetos anencéfalos não fosse considerado crime.Nota-se, nesta perspectiva, conflito intenso – e interessante para análise – entre o suposto direito a vida do feto anencéfalo em contraposição ao direito da mãe de dispor livremente de seu próprio corpo.

A ADPF 54 possuiu como principais argumentos os seguintes: a falta de desenvolvimento do cérebro do feto anencéfalo o impossibilitaria de sobreviver fora do útero materno; prolongar a gestação por meses seria apenas prolongar o sofrimento da mãe considerando que a morte da criança, ao nascer, seria

---

Íbero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), BONAVIDES fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de "11 de Setembro", em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um *direito à paz*. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à *paz* no âmbito da proteção dos direitos fundamentais."

[153] Neste mesmo sentido, Paulo Farias ensina no Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade ministrado no Instituto de Direito Público na disciplina Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados.

[154] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator: Marco Aurélio, disponível em www.stf.jus.br.

cientificamente inevitável e ; legalmente falando, não haveria nem mesmo aborto porque o feto anencéfalo é desprovido de cérebro e, segundo a Lei n.º 9.434/1997, o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral.

Entretanto, como argumentos contrários à pretensão da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil podem ser citados os seguintes, senão vejamos: o feto já poderia ser considerado um ser humano devendo ter seu direito à vida respeitado; haveria chances de sobrevivência extrauterina, como no caso raro de uma criança chamada Marcela de Jesus Galante Ferreira, que foi diagnosticada como feto anencéfalo, mas teria sobrevivido alguns meses após o parto (conhecido como "Caso Marcela"); a legalização do aborto de fetos anencefálicos representaria o primeiro passo para a legalização ampla e irrestrita dos abortos no Brasil; o aborto de fetos anencefálicos seria um tipo de aborto eugênico, isto é, uma espécie de aborto preconizada por regimes arianos, como o nazista, no qual se eliminariam indivíduos com deficiências físicas ou mentais, em uma forma de purificação da raça.

Após uma longa marcha processual (que durou praticamente uma década) marcada por laudos médicos, opiniões dos "amigos da corte" nas audiências públicas foi decidido, por 8 votos a 2 que não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos. Ou seja, os médicos que realizam o procedimento cirúrgico e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem crime de aborto.

Pois bem. Tomando como ponto de partida o raciocínio de Paulo Gonet Branco no sentido de que *"as críticas que se fazem a decisões do STF como ativistas, como destoantes do princípio da separação de poderes, carecem tantas vezes de uma exposição clara do parâmetro técnico adotado para estimar quando uma deliberação judicial escapa do seu domínio próprio*"[155].

É o que ocorre com os argumentos contrários feitos a este julgamento uma vez que, conforme colocado acima, não mostram nada além de inconformismo baseado, eminentemente, em valores ideológicos-religiosos não refletindo qualquer argumentação sólida e, principalmente, jurídica sobre o tema.

---

[155] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

Ora, relembrando a teoria de Herbert Hart é possível vislumbrar que o autor, comparando o comportamento dos tribunais a uma série de exemplos (como quando jogamos sem marcadores oficiais de contagem dos pontos), chegaa conclusão de que existe um *"aspecto não-previsível das regras e do ponto de vista interno das regras como padrões aceites por aqueles a quem as predições se referem".*

Pois bem. Analisando as premissas que fundamentaram a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54 nota-se o encaixe perfeito entre tal possibilidade apontada por Hart com a liberdade exercida pela Corte Constitucional naquela ocasião ao não mais considerar crime o aborto de feto anencefálico. Tratou-se aqui do aspecto não-previsível do Código Penal a luz de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Ademais, em que pese a fundamentação da Suprema Corte brasileira ter se dado, predominantemente, com base em estudos científicos e filosóficos é possível vislumbrar evidente interligação entre o Direito ea Moral.

Ora, ao relacionar o direito ao aborto nesta circunstância com o direito fundamental a liberdade de administração do próprio corpo é possível vislumbrar notório caráter moral, ou seja, a Corte Constitucional objetivou resguardar a Constituição Federal de 1988 também com aspectos morais o que, na visão de Hart, é plenamente cabível[156].

Neste viés, ao decidir que não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos o Supremo Tribunal Federal, sob a perspectiva de Herbert Hart agiu de maneira correta haja vista que: i) a decisão proferida resultou do aspecto não-previsível das regras (no caso, do Código Penal), ou seja, do ponto de vista interno das regras como padrões aceites por aqueles a quem as predições se referem; ii) além de colacionar dados estatísticos, filosóficos e até mesmo psiquiátricos no decorrer de tal julgamento a moral influiu de forma decisiva e adequada para este resultado sendo, conforme dito anteriormente, plenamente possível.

CONCLUSÃO

Realizada a análise dos estudos feitos foi possível obter algumas

---

[156] Neste ponto, oportuno destacar que na visão de juristas como o Doutor Álvaro Ciarlini, Herbert Hart simbolizou por este e outros motivos o último dos positivistas clássicos.

considerações.Na primeira parte foi abordada a teoria de Herbert L. A. Hart tendo como principais focos os capítulos em que aborda os fundamentos de um sistema jurídico, o formalismo e cepticismo sobre as regras, a relação de justiça e moral e a relação entre direito e moral.Nesta perspectiva foi possível vislumbrar a complexidade inerente ao direito como sistema jurídico, suas origens e principais características.

Na segunda parte do artigo foram abordadas as dimensões dos direitos fundamentais desde a primeira geração, passando pela segunda e terceira onde o objetivo foi o de se chegar, finalmente, a considerações sobre a quarta e a quinta gerações, respectivamente haja vista sua intrínseca relação com a questão do aborto de fetos anencefálicos em face da Constituição Federal.

Na terceira parte do artigo foi desenvolvida análise a respeito da ADPF 54 a qual foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2012 tendo como principal objetivo, além de trazer suas principais fases, relacionar tal julgamento a teoria de Herbert Hart chegando-se, finalmente, a conclusão de que houve por parte do Supremo Tribunal Federal a prática correta no tocante a aplicação do direito ao caso concreto dando uma resposta adequada aos anseios sociais da época.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo :Editora Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator: Marco Aurélio, disponível em www.stf.jus.br.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIÓGENES JUNIOR, JórgeEliaci Nogueira. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais? Disponível em:<http://www.ambito-

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 05 jan.2014.

FARIAS, Paulo. Água: bem jurídico econômico ou ecológico? Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2005.

HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In Direitos Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do advogado editora. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

CAPÍTULO 6

GREVE DE SERVIDORES COMO UMA LUTA POR RECONHECIMENTO

Robson R. Barbosa[157]

Resumo: Pretendo avaliar neste *paper*, à luz da teoria da luta por reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth, se a greve de servidores públicos estatutários, para além de meras questões salariais e de condições de trabalho, possui o reconhecimento da sua autonomia coletiva, entendida na plenitude da liberdade sindical, como pano de fundo moral que motiva o conflito no serviço público.O ensaio tem uma finalidade provocativa, para fazer frente à naturalização do movimento grevista no serviço público, pois acreditam que todas as querelas foram resolvidas com os famosos mandados de injunção de greve. A utilização da teoria da luta por reconhecimento pode ampliar o horizonte interpretativo sobre as possibilidades motivacionais das greves dos servidores estatutários.

PALAVRAS-CHAVE: SERVIDORES ESTATUTÁRIOS. GREVE. LUTA POR RECONHECIMENTO.

Resumen:Deseo evaluar en este trabajo, a la luz de la teoria de la lucha por el reconocimiento desarrollada por Axel Honneth, si la huelga de los funcionarios públicos estatutarios, más allá de las meras cuestiones de salarios y condiciones de trabajo, puede tener lo reconocimiento de su autonomía colectiva, entendida en la plenitud de la libertad sindical, como un fondo moral que motiva el conflicto colectivo. Lo proposito es laprovocación contra la naturalización del la huelga en el servicio público, porque creen que todo lo problema se resolvió con las decisiones de Supremo Tribunal Federal en tema de huelga. El uso de la teoría de la lucha por el reconocimiento puede ampliar el horizonte interpretativo sobre las motivaciónes de las huelgas de funcionários públicos.

PALABRASCLAVE: FUNCIONARIOS PUBLICOS ESTATUTÁRIOS. HUELGA. LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO

Introdução

Apenas para introduzir o problema a ser estudado, recordo de uma curiosa abordagem de Isaiah Berlin, em seu famoso ensaio intitulado *Two Concepts of*

[157] *Aluno do Mestrado Acadêmico – IDP*

Liberty, pois, antes uma liberdade fundada num conceito negativo ou positivo[158], as pessoas podem lutar simplesmente para alcançarem*status*, não num sentido egoístico, mas no intuito de que não sejam ignoradas pelos outros, que não sofram com paternalismos, depreciações ou baixa estima social (1971, p. 155).

Para Berlin, o*reconhecimento adequado* é algo pelo qual as pessoas, inclusive, aceitam ceder parcela de sua autonomiapara ter reconhecido o seu valor ante os demais:

> [...] This is the degradation that I am fighting against - not equality of legal rights, nor liberty to do as I wish (although I may want these too), but for a condition in which I can feel that I am, because I am taken to be, a responsible agent, whose will is taken into consideration because I am entitled to it, even if I am attacked and persecuted for being what I am or choosing as I do. This is a hankering after status and recognition [...] (BERLIN, 1971, p. 156-157)

Isaiah Berlin evita englobar tal busca por reconhecimento dentro dos seus conceitos de liberdadeporque, segundo ele, tratar-se-ia de uma complexa confusão com os anseios de igualdade e de solidariedade (1971, pp. 154 e 158), com riscos de causar perda da própria autonomiado indivíduo para a escolha dos seus fins, bem comopotenciais danos para a manifestação do pluralismo de valores inerente ao contexto democrático contemporâneo (1971, p. 162).

Embora de acordo com a sua observação acerca da aspiração por *status*, para os fins desta pesquisa, não compartilhareido ceticismo de Isaiah Berlinsobre a possibilidade de inserir esse desejo de reconhecimento como meioalcanceda autonomia, poispretendo avaliar se a greve de servidores públicos estatutários, para além de meras questões salariais, possui o reconhecimento da sua autonomia coletiva(aqui entendida como plenitude da liberdade sindical) como pano de fundo moral que motiva o conflito no serviço público, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federalproibiu para essa categoria um elemento jurídico básico da liberdade sindical assegurado pelo Legislativo,imprescindível para a expressão dessa autonomia: a negociação coletiva.

Trata-se de um assunto que não vem sendo devidamente explorado. Creem

---

[158]Grosso modo, para o autor, o conceito negativo equivaleria ao espaço de atuação livre dos sujeitos limitado peloespaço dos demais, que responde à pergunta *de que sou livre para ser ou fazer*, e que não se confunde com o conceito de igualdade ou fraternidade. Jáo conceito positivo seria a vontade de auto dominação do indivíduo, que responde à pergunta *sobre o quê ou quem pode ordenar* ou interferir nos espaços de liberdade dos outros (BERLIN, 1971, p. 130-131).

que a “regulamentação” do recurso à greve pelo Supremo Tribunal Federal assegurou aos servidores públicos suficiente autonomia em face da mora legislativa quando, na verdade, a própria Corte Supremacriou embaraços ao exercício da liberdade sindical constitucionalmente resguardada para a categoria, daí a pertinência de estudar se há uma *lógica moral* nas paralisações fundada numa busca pelo reconhecimento da plenitude de sua autonomia obstada pela jurisprudência.

Então, a pergunta que pretendo buscar a resposta é: em que medida a greve de servidores públicos estatutários decorre de uma motivação moral contra o não reconhecimento da sua autonomia coletiva?

O exercício da liberdade sindical para os servidores estatutários não foi devidamente resolvido e encerrado com as conhecidas decisões sobre a greve, pois parece que, da forma como foi “viabilizada”, diferentemente do que ocorre com os trabalhadores celetistas, o Supremo Tribunal Federal tornouinviável o uso dessa “autonomia” de forma clara, coesa e coordenada, o que dá margem para a usual desconfiança social sobre a legitimidade dos movimentos paredistas da categoria.

É curioso notar que, quando eclode uma greve, embora uma pauta que deveria ser comum, entre a própria categoria se diverge sobre os fins da greve, em função disso, a sociedade logo sugere queos servidoresapenas querem “ganhar às custas do povo”, e o Poder Público, que deveria mediar o conflito, usa de medidas drásticaspara encerrar imediatamente as paralisações sem notar que o uso da força, por si só, agrava ainda mais o conflito.

Apenas para exemplificaresse descompasso nas greves dos servidores estatutários, cujas origens podem radicar na incongruência jurisprudencial sobre a liberdade sindical (que será oportunamente abordada), e sem a pretensão de uma pesquisa profunda, fiz um singelo levantamento de dados, recortando notícias no site do Jornal Correio Braziliense com os parâmetros “greve” e “servidores” no período de 2014 em Brasília/DF. Não me interessava a reportagem em si, mas sim os comentários dos leitores, repartidos entre servidores da categoria, de outras categorias, e de não servidores públicos.

A primeira notícia que encontrei foi sobre a greve de servidores administrativos da Universidade de Brasília. Embora de âmbito nacional, a paralisação tinha pautas locais, sendo a principal delas o reestabelecimento da

jornada de 30 horas semanais. A redução da carga horária é uma tendência mundial, o que por si só evidenciaria a legitimidade da pretensão, mas, nesse caso, os servidores lutavam por um direito que outrora lhes era assegurado. Curioso notar os comentários dos leitores, aparentemente não servidores públicos, acreditando ser um absurdo a pretensão:

> Autor: CHARLES Castro
>
> Quando alguém reivindica a retirada do ponto eletrônico, eu já desconfio.... e penso logo que todo o conjunto dos pedidos são ilegítimos, porque advindos de pessoas que sequer desejam ter o seu horário controlado.
>
> Autor: AntÃ´nio Alencar
>
> 30 horas semanais é um absurdo! Nós contribuintes, que sustentamos essa massa pesada, não podemos concordar com isso!
>
> Autor: Marcelo Rodrigues
>
> Eu quero é novidade. Todo ano é isso, nesse período, essa greve que mais parece desculpa para férias coletivas. Em dois anos 6 meses de paralisação. Vergonha! (sic)[159]

A segunda reportagem abordava liminar do Superior Tribunal de Justiça que impediu a deflagração da greve de agentes da Polícia Federal que seria deflagrada na Copa do Mundo de 2014. A maioria dos comentários parece ser dos integrantes da categoria, contudo, conforme os destaques a seguir, os próprios servidores divergem sobre a pauta e reclamam da falta de diálogo e de conhecimento por parte do Poder Público sobre os reais problemas enfrentados pela coletividade[160]:

> Autor: Anderson Oliveira
>
> Ministra Assussete, a senhora não entende nada sobre abusivo na PF! Abusivo é como a população sofre em todo o país com a insegurança das fronteiras! Sem tecnologia de combate ao crime! E com milhares de inquéritos sem solução em todo o país. Comemorar GOL com tiros de fuzil é um absurdo! Eas mortes? [...]
>
> Autor: Anderson Oliveira
>
> O negócio não é greve! É que tá indo td errado! Fronteiras sem proteção, baixo efetivo, sem uso da tecnologia para combater o tráfico de produtos ilícitos, quem perde é só a população! E os Estados. Vários cortes no orçamento do órgão! Às vésperas de uma eleição! A justiça age junto com o Executivopq? [...]
>
> Autor: Cesar Lins

---

159 Disponível em:<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/ensino_ensinosuperior/2014/03/17/ensino_ensinosuperior_interna,417881/servidores-da-unb-entram-em-greve-por-tempo-indeterminado.shtml>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

160 Além das críticas habituais ao Partido dos Trabalhadores (PT), que são comuns em todos os lugares e não interessa para o caso.

> "Pode reivindicar, mas não pode fazer greve". Mas como??? Estamos com salário congelado a oito anos, e ""reivindicando"" A CINCO ANOS, sem qualquer resultado. Falar assim é fácil, pra quem ganha salário de R$28mil corrigidotodo ano... É uma piada! Abraça a bandeira do Brasil e trabalha de graça! [...]
>
> Autor: zeze filho
>
> Tudo bem proibir mas, ao menos poderia obrigar o governo a dialogar com a categoria. (sic)[161]

Por fim, surgiu reportagem sobre a dos servidores do Poder Judiciário da União no Distrito Federal. A pauta usual é cobrança de reposição da inflação, emboraora confundam com revisão geral ora com reajustes, querem recuperar as perdas inflacionárias. A pretensão parece ser constitucionalmente justa (inciso X do artigo 37 da Constituição),mas as discussões sobre o assunto– que deveria ser único - se dispersam entre os servidores da categoria, já os comentaristas de outras categorias entendem ser injusta a remuneração daqueles em comparação com a complexidade e a importância das suas atribuições, e aparentes não servidores desacreditam na legitimidade dos motivos que levaram à deflagração da greve:

> Autor: claudio vasconcelos
>
> Os salarios devem ser proporcionais a importancia e consequencias das suas funçoes de cada categoria profissional...... um segurança do tjdf receber mais que um policial para garantir a ordem publica e uma vergonha...... um agente do detran receber mais que um PMDF e um PCDF e uma vergonha... [...]
>
> Autor: Waltercy Santos
>
> Greve?!?!!? Por brioches recheados no café diário? Essa cambada só pode estar de brincadeira. [...]
>
> Autor: Tucano TucanoTucTuc
>
> Tá em greve? Nem sabia! Alguém sentiu falta? Não, ninguém sentiu falta. Esse pessoal já recebe muito pra digitar, carregar papel e ficar o dia todo numa sala climatizada com copeiro servindo lanchinho às custas do povo. [...]
>
> Autor: Joana Nunes
>
> Todos os cargos são importantes, é ridículo se bater, tudo o que o governo quer é esse ataque mútuo entre os servidores. Os do judiciário estão sem o reajuste constitucional há 8 anos e isso não está certo. A greve é legitima. [...]
>
> Autor: Paula Tejando

---

161 Disponível em:<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2014/05/14/interna_brasil,427565/ministra-do-stj-proibe-greve-de-servidores-da-policia-federal.shtml>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

> São quase 9 anos sem reajuste! O maior arrocho salarial do Brasil. Salário do analista é o mesmo desde 2006(fora 15,8 dado a todos). Única categoria que trabalha com metas (cnj) e com pior salário dos três poderes. [...]
>
> Autor: Saulo FR
>
> Maltratar o trabalhador honesto é fácil. Quero ver colocar essa cambada de farda pra sujar as botinhas no Sol Nascente, na Vila Dnocs... [...]
>
> Autor: Sergino Souza Barbosa
>
> Onde estão os hipócritas de plantão? Para sugerirem aos servidores grevistas "Que não estão contentes com seus salários que estudem e passem em outro concurso, assim como sugerem aos Policiais quando estes fazem manifestações por melhores salários. [,,,]
>
> Autor: Jacqueline Santos
>
> Não é reajuste. É REPOSIÇÃO. [...]
>
> Autor: Luciano Garcia
>
> O Judiciário do DF é o mais bem pago do país... (sic)[162]

O resultado desse levantamento evidencia que a greve no serviço público estatutário é um fenômeno incompreendido, tanto pela sociedade como pelos servidores. É preciso estudar a raiz de onde surge esse conflito para solucioná-lo e evita-lo devidamente, pois a insuficiente abordagem do assunto tem reflexos diretos sobre a continuidade do serviço público e com a eficiência, tema preocupante nessa conjuntura em que o Poder Público é o garantidor dos serviços indispensáveis para a maioria da sociedade.

Como agreve dos servidores públicos estatutáriosparece ter como fator diferencial em relação às demais categorias de trabalhadores ser motivada por uma busca pelo reconhecimento de sua autonomia jurisprudencialmente diminuída, para investigar se a crise no sistema de liberdade sindical pode ser a causadesses conflitos, tenho por mais apropriadointerpretar esse contexto à luz dos pressupostos de uma *luta por reconhecimento* estudados por Axel Honneth (2003), pois, partindo da ideia de que o sujeito tem a pretensão de reconhecimento como móvel de interação social, a sua teoria crítica permite investigar se o desrespeito à direitos juridicamente assegurados serve de base para os conflitos sociais.

Ao final, após prospectar a teoria da luta por reconhecimento sobre a

---

162 Disponível em:<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2014/08/27/interna_cidadesdf,444409/servidores-do-judiciario-em-greve-protestam-na-esplanada-ministerios.shtml>. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

situação da liberdade sindical dos servidores estatutários, será possível compreender se as greves dessa categoria, antes de buscas salariais ou outras pautas comuns aos movimentos paredistas, podem ter como motivação moral, ainda que implícita, suplantar o desrespeito jurisprudencial acerca da sua autonomia coletiva.

1. Pressupostos daluta por reconhecimento

Proveniente da sua tese de doutorado intituladaCrítica e Poder (1986), Axel Honneth pretendeu desenvolverem seu livro*Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (2003) uma teoria social normativa fundada na ideia de Georg Wilhelm Friedrich Hegelsobre a *luta por reconhecimento*, com o complemento empírico fornecido pela psicologia social de George Herbert Mead, no intuito de encontrar a lógica moral que motiva os conflitos sociais.

Honneth faz um apanhadosobre os três fundamentos que Hegel prenunciou como justificadoresdo surgimento dos conflitos, mas que não puderam ser desenvolvidos por conta da sua filosofia da consciência.A fim de compatibiliza-los com a quadra pós-metafísica, o autor dá um substrato empírico a essas ideias a partir da psicologia social de Mead e,com isso, cria um critério explicativo e interpretativo voltado às relações intersubjetivas que têm sua razão comunicativa baseada em três formas de reconhecimento (o amor, o direito e aestima social), para provar empiricamente que tais correspondem também a três tipos de desrespeito que motivam os conflitos sociais. Assim, Honneth elabora uma teoria crítica da sociedade cujas mudanças são explicadas conforme as pretensões de reconhecimento.

Ao fim, buscando prospectar sua tese, o Honneth faz uma releitura de autores posteriores a Hegel que tenham algum escrito sobre tais conflitos sócias (Karl Marx, Georges Sorel e Jean-Paul Sartre), para entender a experiência do desrespeito ao longo da história, investigando neles as similaridades que pudessem fornecer uma lógica moral generalizável inerente a esses conflitos, de modo a encontrar um conceito de eticidade próprio da teoria do reconhecimento[163].

Como a obra é extensa, aqui abordarei apertadamente trechos nos quais

[163] Honneth entende que, embora também baseadas na luta pelo reconhecimento, as teorias desses autores não souberam discernir sobre as três formas de reconhecimento, e não puderam aprofundar no cerne dos conflitos morais porque abordaram apenas uma dessas formas como totalizadoras dos sentidos das lutas sociais (2003, p. 253-254).

Honneth se ancora em Hegel e Mead, porquanto são estruturantes para a teoria da luta por reconhecimento.

Ao estudar escritos Jena, ressalta Honnethque, diferentemente da ideia kantiana de autonomia individual como um dever ser, Hegel entende que tal liberdade resulta da luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de suas identidades. O autor também ressalta que Hegel,porque fundado na máxima aristotélica de que o homem é social por natureza, écontrário à premissa hobbesiana de que a ação social seria orientada pela necessidade deauto conservação,razão pela qual o contrato social é um momento de integração éticabaseada na busca do reconhecimento intersubjetivo.

Em Hegel, o conflito é precedido de um acordo implícito de interação entre os sujeitos, embora estejam em oposição direta. Na hostilidade do estado de natureza, os sujeitos se submetem a uma luta de vida ou morte para provar ao parceiro de interação a força moral das suas pretensões, de modo que, com isso, a importância da sua existência seja reconhecida pelo outro. Já com a formação do contrato social, é o direito o médium de interação social que permite o reconhecimento recíproco ao institucionalizar as expectativas normativas.

Ou seja, há uma passagem do *estado natural de eticidade* para a *eticidade total*, o que leva também a uma graduação na luta do sujeito pelo reconhecimento de sua autonomia.O indivíduo inicia no seio familiar, onde busca intuitivamente suprir a sua carência de identidade através do amor de seus parentes. Em seguida, quando inserido na sociedade civil, a pessoa reclama sua autonomia formalmente através das garantias do Direito. Após, o sujeito ganha maturidade suficiente para reconhecer a solidariedade pela qual se funda o Estado, uma vez que ele é reciprocamente dependente dos demais para firmar sua identidade sem que, com isso, perca a sua ou diminua a individualidade dos demais (autonomia).

Com a virada para a filosofia da consciência, já em sua *Realphilosophie*, em substituição da eticidade aristotélica e da intersubjetividade prévia das relações humanas, o reconhecimento passa a ser investigadopor Hegel a partir do interior do espírito humano, pelo qual ele alcança a *intuição de si mesmo como si mesmo*. O sujeito passa a ter a garantia do seu reconhecimento mediante oteste de como o outro reage ante os seus desafios.

Assim, a transição da eticidade natural para a total (sistema da eticidade) cede espaço para a relação do indivíduo consigo mesmo (subjetivo - amor), depois a relação institucionalizada com os demais sujeitos (efetivo - direito) e, por fim, a relação reflexiva entre esses no seio da sociedade (absoluto - ética). O sujeito passa por um processo de auto objetivação para a formação da consciência, sendo que, na *Realphilosophie*, o desenvolvimento das relações amorosas no seio familiar é a experiência da formação inicial do espírito. Depois, o sujeito busca a sua complementação no mundo prático, numa relação mútua de conhecer-se no outro, chegando ao reconhecimento recíproco.

Em suma, as relações de reconhecimento recíproco seguem uma sequência baseada no amor, no direito e na eticidade, necessários à formação da identidade do sujeito. A ausência de um desses três elementos gera experiências de desrespeitos que levam os sujeitos à luta para (re)adquirirem o reconhecimento do outro.

Mas Honneth crítica a impossibilidade do desenvolvimento por Hegel da teoria dos conflitos sociais em razão do seu apego à filosofia da consciência, que tornaria a doutrina sobremaneira idealizada e, por conseguinte, teria um déficit de realidade social, razão pela qual a *Realphilosophie* relegou a importância da luta por reconhecimento como mera etapa da formação da autoconsciência, que nos anteriores escritos de Jena era o impulso de toda a socialização humana (2003, p. 113-114):

> [...] nesse caso, é preciso investigar primeiramente a questão se a hipótese de Hegel de uma sequência ordenada de etapas de reconhecimento pode resistir a considerações empíricas; se é possível atribuir as respectivas formas de reconhecimento recíproco experiências correspondentes de desrespeito social; e se, finalmente, podem ser encontradas comprovações históricas e sociológicas para a ideia de que essas formas de desrespeito social foram de fato fonte motivacional de confrontos sociais. A resposta a essas questões conflui em seu todo a solução da tarefa de apresentar, pelo menos a traços largos, a lógica moral dos conflitos sociais. Contudo, isso não será possível sem antes retomar o fio condutor da história teórica que atravessara a parte 1 de meu estudo: pois Hegel deixou a experiência da luta social a tal ponto no horizonte de uma teoria idealista da razão, que só a virada histórico-materialista de seus sucessores pôde-lhe conferir um lugar na realidade social. (HONNETH, 2003, p. 122)

Para suprir essa carência de realidade, Honneth usa da psicologia social de Mead sobre a identidade do indivíduo como decorrência das experiências de reconhecimento intersubjetivo, pois acredita ser a melhor ferramenta para a

reconstrução da teoria de Hegel no espaço pós-metafísico.

Segundo o Honneth, Mead propõe o auxílio empírico da psicologia para descobrir como o sujeito cria autoconsciência da sua subjetividade. Para Mead, a resolução desse problema deve passar, inicialmente, pela constatação de que apenas aquele que tem a capacidade de criar em si mesmo o comportamento reativo do outro sobre suas ações é o que pode criar consciência da sua identidade (*me*), o que evidencia sera autoconsciência intersubjetiva.

Em seguida,Honneth avalia o estudo de Mead acerca da formação da identidade prático-moral do sujeito no contexto do desenvolvimento da criança. Mead nota que a formação do sujeito se inicia com o aprendizado interiorizado do comportamento do *outro generalizado* e, com isso, é capaz de perceber que pode ser reconhecido também como uma pessoa de direito nessa conjuntura de cooperação social. No entanto, o sujeito, por ter uma criatividade inerente, sempre busca ampliar a sua autonomia individual nesse espaço e, para tanto, precisa alcançar o reconhecimento do outro generalizado para sedimentar as suas pretensões.

Então, em Mead, a luta por reconhecimento é a incessante busca do sujeito pela ampliação dos espaços sociais de desenvolvimento da sua individualidade, e nessa linha, volta o estudo do reconhecimento da importância do indivíduo perante a coletividade à divisão do trabalho socialmente útil. Contudo, Honneth critica essa visão restrita da socialização moderna:

> Por sua vez, a solução que Mead ofereceu com seu modelo de divisa o funcional do trabalho não chegou à altura teórica do problema da integração ética das sociedades modernas; a ideia de fazer o indivíduo alcançar o reconhecimento de suas propriedades particulares na experiência do trabalho socialmente útil há de fracassar já pelo fato de a valorização das funções reguladas pela divisão do trabalho ser dependente das finalidades abrangentes de uma coletividade. (HONNETH, 2003,p. 153)

Honneth entende que Hegel e Mead “estão de acordo quanto ao desencadeamento histórico do potencial da individualidade pela via de um aumento do espaço de liberdade juridicamente concedida” (2003, p. 144), contudo, lhes faltou abordar o equivalente negativo dessas formas de reconhecimento:

> Pois ambos os pensadores, em igual medida, não estiveram em condições de definir de forma mais adequada as experiências sociais sob cuja pressão a asseverada luta por reconhecimento deve se originar no processo histórico: tanto em Hegel como em Mead não se

> encontra uma consideração sistemática daquelas formas de desrespeito que podem tornar experienciável para os atores sociais, na qualidade de um equivalente negativo das correspondentes relações de reconhecimento, o fato do reconhecimento denegado. (HONNETH, 2003, p. 157)

Assim, em que pese compartilhar da tríade das relações de reconhecimento tratadas por Hegel e Mead, o autor passa a delinear o aspecto do desrespeito inexplorado pelas teorias daqueles.

Em relação ao amor, Honneth adiciona os estudos de Donald W.Winnicot sobre a relação intersubjetiva entre mãe e filho, na qual alcançam as suas autonomias através da luta do filho para destruir a dependência simbiótica da mãe, transladando as suas necessidades para os objetos, momento do qual percebe que, mesmo existindo independente dela, reconhece depender do amor materno. Neste estágio, o indivíduo alcança a autoconfiança que permitirá participar da vida pública. No que diz respeito ao direito, trata-se de uma fase desprendida do afeto e possui marca cognitiva, e com o auxílio das constatações de T. H. Marshall, o autor evidência que o reconhecimento jurídico é fruto de uma luta gradual dos sujeitos por reconhecimento de iguais direitos, que tem por móvel a correção das desigualdades causadas pela estima social. Além da relação de afetividade e do reconhecimento juridico, a terceira e consequente relação é pautada na estima social mútua sobre as capacidades e propriedades dos indivíduos, baseada na partilha intersubjetiva de valores e objetivos na comunidade. Com o desacoplamento do reconhecimento jurídico da estima social, e com a superação da base metafísica que orientava os valores até então compartilhados nas sociedades estamentos, a reputação do indivíduo passou a ser disputada a partir da sua biografia (prestígio social), e não de propriedades atribuídas a grupos inteiros (honra).

Ao reescrever tais pressupostos,Honnethanuncia o motivo das lutas sociais, derivados da negativa das três formas de reconhecimento, que dão base para a resistência política dos sujeitos: os maus tratos físicos abalam o amor, com o consequente prejuízo à autoconfiança (morte psíquica); a privação de direitos é a negativa das relações jurídicas, que prejudica o auto respeito moral (morte social); e a degradação do valor social que o indivíduo esperava ter perante a coletividade afeta a solidariedade do grupo, com o consequente prejuízo à autoestima (vexação):

> Se a primeira forma de desrespeito está inscrita nas experiências de

> maus-tratos corporais que destroem a autoconfiança elementar de uma pessoa, temos de procurar a segunda forma naquelas experiências de rebaixamento que afetam seu auto-respeito moral: isso se refere aos modos de desrespeito pessoal, infligidos a um sujeito pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior de uma sociedade. De início, podemos conceber como "direitos", grosso modo, aquelas pretensões individuais com cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em uma coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional; se agora lhe são denegados certos direitos dessa espécie, então está implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral na mesma medida que aos outros membros da sociedade. Por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral (HONNETH, 2003, p. 216)

Ao articular os motivos morais dos conflitos sociais, Honneth chega à conclusão de que a luta por reconhecimento depende de critérios socialmente generalizadores das experiências individuais, razão pela qual exclui o desrespeito ao amor como elemento que, por si só, possa desencadear uma luta social, diferentemente das relações jurídicas e da comunidade de valores, que têm em si o potencial universalizador e podem servir de causa para a exigência coletiva da ampliação das relações de reconhecimento:

> Dessa delimitação categorial já resulta um primeiro conceito preliminar e rudimentar do que deve ser entendido por luta social no contexto de nossas considerações: trata-se do processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento. (HONNETH, 2003, p. 257)

Neste ponto, Honneth admite que os conflitos coletivos podem ser motivados por interesses daqueles que agem com o fim de aumentar ou conservar sua produção de poder (bens escassos), diferentemente das motivações moraisque buscam sanar as injustiças pelo não reconhecimento das relações jurídicas ou sociais (integridade pessoal). No entanto, para o autor, o modelo de reconhecimento não pode substituir o de interesses, mas sim complementá-lo e, em certo modo, corrigi-lo, vez que é preciso uma averiguação empírica sobre qual desses é o motivo do conflito

avaliado. De toda a forma, a via dos interesses não deve ofuscar as possibilidades de estudar os conflitos a partir das questões de reconhecimento, vez que toda a luta por interesses pode carregar em si o desrespeito à alguma expectativa normativa, mesmo que meramente econômica.

Assim, o uso da teoria do reconhecimento não serviria apenas como instrumento de descrição da gramática moral dos conflitos sociais, mas também como via interpretativa sobre o papel que deveriam desempenhar nas relações de reconhecimento que visam a auto realização, que terá como médium hermenêutico um conceito formal de eticidade pós-tradicional, capaz de absorver o contexto histórico sem perder a sua abstração fundada em princípios jurídicos:

> Com esse potencial interno de desenvolvimento, migra para as condições normativas da auto-realização um índice histórico que deve limitar as pretensões de nossa concepção formal de eticidade: o que pode ser considerado condição intersubjetiva de uma vida bem-sucedida torna-se uma grandeza historicamente variável, determinada pelo nível atual de desenvolvimento dos padrões de reconhecimento. A concepção formal perde sua atemporalidade, passando a depender, em termos hermenêuticos, de um presente sempre intransponível. (HONNETH, 2003, p. 274)

Daí a pertinência de se avaliar a greve dos servidores estatutários a partir da teoria da luta por reconhecimento tal como desenvolvida em Honneth, pois fornece um critério explicativo e interpretativo que permitirá discernir se as paralisações são motivadas apenas por interesses econômicos (como entende a maior parte dos integrantes da sociedade brasileira, inclusive os próprios servidores, pelo que deu para perceber dos dados que levantei), ou se é possível existir por trás desses movimentos um sentimento de desrespeito moral incompreendido.

A seguir, farei um breve histórico sobre a situação da liberdade sindical no serviço público estatutário, para identificar as controvérsias sobre o assunto onde pode residir certa privação de direitos que tornaria a greve um instrumento em prol da busca dos servidores pelo reconhecimento de sua autonomia moral.

2. Controvérsias sobrea autonomia coletiva dos servidores

Não obstante a ausência depacificação doutrináriaacercada significação da liberdade sindical, serve o conceito proposto por Octavio Bueno Magano, certamente

extraído da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, para o qual:

> [...] é o direito dos trabalhadores e empregadores de não sofrerem interferência nem dos poderes públicos nem de uns em relação aos outros, no processo de se organizarem, bem como o de promoverem interesses próprios ou dos grupos a que pertençam." (MAGANO, 1990, p. 24).

Sobre a conformação da liberdade sindical, ensina Oscar Ermida Uriarte (1983) que é formada por uma estrutura triangular, composta da associação sindical, greve e negociação coletiva, sendo que a falta ou a insuficiência de qualquer um desses elementos inviabiliza a efetiva autonomia coletiva da classe trabalhadora (CARRASCO, 1997, p. 116).

No entanto, essa autonomia coletiva dos servidores públicos estatutários, necessária para a participaçãona construção do ambiente de trabalho, sempre foi objeto de controvérsias, pois a teoria do órgão aliada à teoria da impermeabilidade "não aceitava e segregação entre os interesses da Administração e dos seus servidores" (BARBOSA, 2012, p. 53), as quais sustentavam a imposição unilateral das condições de trabalho pela Administração Pública.

Segundo Luísa Cristina Pinto e Netto, tais amarras impediram o gozo dos instrumentos da liberdade sindical pelos servidores:

> Neste ponto, cabe destacar que foi graças a estas ideias que se proibiu, como regra geral, a sindicalização dos agentes públicos, o exercício do direito de greve e a sua participação na fixação das condições de prestação de trabalho, até meados do século XX. Afinal, como poderiam os agentes, que deveriam ser ascéticos e imparciais, organizar-se em sindicatos para defender interesses corporativos? Como poderiam fazer greve, apresentando reivindicações contra o Estado, de que fazem parte, com quem se confundem? (NETTO, 2005, p. 110)

A Constituição da República de 1988 reconheceu a liberdade sindical para a categoria, no entanto, gerou polêmicas quanto à possibilidade do uso da greve e da negociação coletiva. É que a garantia da livre associação sindical para os servidores (inciso VI do artigo 37) "foi o único dos componentes da liberdade sindical sobre o qual não recaíram maiores controvérsias no que se refere à sua aplicabilidade" (BARBOSA, 2012, p. 23).

Em que pese o Legislativo ter assegurado também os demais instrumentos da liberdade sindical para a categoria, o Judiciário limitou o seu gozo por vislumbrar supostas incompatibilidades com o regime estatutário, a iniciar pela negociação

coletiva, daqual Supremo Tribunal Federal não reconheceu a conformidade constitucional.

Tenha-se que a negociação coletiva é “um processo participativo voltado ao estabelecimento de condições de trabalho e emprego” (GERNIGON *et al*., 2002, p. 120), sendo o instrumento básico da liberdade sindical que possibilita a pacificação dos conflitos coletivos oriundos das relações de trabalho, inclusive evitando ou auxiliando no término de greves.

Ocorre que a Constituição da República de 1988 assegurou aos servidores públicos estatutários expressamente o direito à associação sindical e à greve, sem que, na sequência, mencionasse o direito à negociação coletiva.

Para esclarecer esse direito, o legislador ordinário editou leis que previam a negociação coletiva como direito sindical do servidor público estatutário, no entanto, o Supremo Tribunal Federal e declarou a inconstitucionalidade de tais normas, nos termos das ações diretas de inconstitucionalidade nº 492, em 1993, nº 114, em 1994, e nº 559, em 2006.

Para o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade da negociação coletiva dos servidores públicos advém da não extensão do reconhecimento dos acordos e convenções coletivas dos trabalhadores da iniciativa privada, bem como pelos limites financeiros e estatutários impostos à matéria:

> [...] A Constituição, aliás, ao assegurar aos servidores públicos uma série de direitos dos trabalhadores em geral, (C.F., art. 39, § 2º), a eles não garantiu o direito ao 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho' (C.F., art. 7º, XXVI). Isto ocorreu, certamente, porque as relações entre os servidores públicos e o poder público são regidas por normas legais, porque sujeitas ao princípio da legalidade. [...]
>
> Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malogrado o acordo, o direito de ajuizar o dissídio coletivo. E é justamente isto o que está assegurado no art. 240, alíneas d (negociação coletiva) e e (ajuizamento coletivo frente à Justiça do Trabalho) da citada Lei 8.112, de 11.12.90. (Voto do Relator Ministro Carlos Velloso nos autos da ADI nº 492).

Os impedimentos elencados pelo Supremo Tribunal Federal redundam:

> (i) na suposta ausência da previsão constitucional; (ii) na legalidade e

> na indisponibilidade *[supremacia]* do interesse público, que retiram qualquer margem de autonomia negocial do Administrador Público acerca da definição das condições de trabalho, as quais somente podem ser alteradas por Lei; e (iii) na vinculação da administração ao programa orçamentário, que impede a concreção dos eventuais efeitos financeiros das negociações. (BARBOSA, 2012, p. 26).

Vale um destaque ao contraponto feito pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI nº 492, na parte em que registrou que a Constituição de 1988 não vedou a negociação coletiva de servidores estatutários, dado ser uma decorrência implícita do direito da associação e greve[164]:

> O que se mostra paradoxal é a existência de norma constitucional expressa prevendo a sindicalização e, mais do que isto, o direito à greve, para, a seguir, em interpretação de preceito constitucional diverso, dizer-se que o Estado está protegido pela couraça da proibição de dialogar, ainda que objetivando o envio de projeto ao Legislativo, para que este, na voz abalizada dos representantes dos Estados - os Senadores e do povo os Deputados, diga da procedência do que reivindicado e negociado, não só considerados os interesses coletivos doe servidores, como também os da sociedade como um todo. (voto do Min. Marco Aurélio nos autos da ADI nº 492).

ArionSayãoRomita entende que o Supremo Tribunal Federal não se atentou para a diferenciação entre negociação coletiva e acordos ou convenções:

> A convenção e o acordo coletivo são o resultado da negociação, quando esta chega a bom termo e exige a celebração de um ajuste formal. Os instrumentos normativos não se confundem com o processo de negociação. Nem sempre a negociação culmina com uma negociação formalmente celebrada. A omissão do art. 39, parágrafo 3º, não importa a vedação do direito de negociação. Este subsiste, embora a Constituição não estenda expressamente aos servidores públicos o reconhecimento da convenção coletiva. Negociação não é o mesmo que convenção coletiva. (ROMITA *apud* JORGE NETO & CAVALCANTE, 2010, Tomo II, p. 1.476).

Já sobre o *recurso à greve*[165], que segundo o Enunciado 475 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT é “um dos meios essenciais de que dispõem para promover e defender seus interesses profissionais” (OIT, 1997, p. 109), é importante ter em vista que, se a legislação consentir com a associação sindical, e desde que não expressamente vedado pela legislação[166], a utilização do

---

[164] Não consta divergência do ministro na ADI nº 559, talvez vencido pelo cansaço.

[165] A OIT comumente utiliza do termo *recurso à greve* em vez de *direito de greve* porque analisa as paralisações à luz de fato, independentemente da qualificação jurídica dada pelos países. Trata-se de “formulação pragmática de orientação sociológica” (HODGES-AEBERHARD; DIOS; 1993, p. 7)

[166]Embora o Verbete nº 365 do Comitê de Liberdade Sindicalpregue que “*o reconhecimento do princípio da liberdade sindical aos funcionários públicos não implica necessariamente o direito de greve*” (OIT, 1997).

recurso à greve é inerente ao sistema, razão pela qual Mário Pinto entende ser ineficaz eventual tentativa de condicionar o início do seu exercício a alguma regulamentação posterior, pois a simples permissão é suficiente para viabilizá-lo:

> Com efeito, enquanto que a ordem jurídica modela tantos e tantos actos sociais, criando, até, tipos ou esquemas de comportamento (sem que com isso defraude a dinâmica das relações sociais, e realizando, ademais, a justiça nessas mesmas relações), perante a greve não dispõe o ordenamento jurídico de margem substancial para realizar uma equiparável conformação: ou a nega, ou a tolera, ou a consagra, mas sempre em atitude sumária, sem conseguir juridicizar a dinâmica interna do fenómeno, de modo a assumir e resolver todo o seu significado. E a prova é que o tratamento jurídico da greve por toda a parte deixa resíduos sociais; por toda a parte reveste ainda sensibilidade social. (PINTO, 1966, p. 56, grifou-se)

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, mais claramente nomandado de injunção nº 20, julgado em 1994, decidiu ser inviável o uso do recurso à greve sem que antes fosse editada a lei que exige o inciso VII do artigo 37 da Constituição.

Eis o resumo da jurisprudência acerca da liberdade sindical para os servidores estatutários: não é juridicamente reconhecida a negociação nem possível a greve, mas apenas o direito de associação.

Residem nessa constatação elementos que podem ser enfrentados como desrespeito à autonomia dos servidores, pois entender que a liberdade desses se resume ao direito de associarem-se é reduzir a importância constitucional da organização sindical, pois, em última hipótese, seria preferível negar-lhes a liberdade sindical, pois o simples direito de associação já é comum a todo o cidadão (desde que não possua fins paramilitares).

Essa jurisprudência desatende a expectativa normativa dos servidores ante o advento da Constituição de 1988, pois, antes da nova ordem constitucional, frente ao arroxo do regime militar, Melissa Demari explica que era do simples direito de associação que a categoria aproveitava para tentar firmar sua identidade coletiva:

> Com efeito, mesmo antes da vigência da Carta de 1988 - quando vigorava o rechaço ao direito de os servidores organizarem-se para constituir e manifestar sua vontade coletiva, e apesar do desencontro de interesses no bojo desta classe, já mencionado -, eles encontraram, paulatinamente, subterfúgios na formação de associações de classe, calcados no modelo desenvolvido na iniciativa privada, a partir das quais acabou por se formar uma identidade coletiva, já suficientemente amadurecida para suportar a criação de sindicatos de

> classe, quando da promulgação da Carta de 1988. (DEMARI, 2007, p. 40).

Portanto, é razoável entender que os servidores aguardavam da Constituição de 1988 algo mais que a simples associação que já possuíam, ansiavam, em verdade, o reconhecimento da liberdade sindical com todos os instrumentos inerentes a ela.

É nesse quadro jurisprudencial em que negado direitos da liberdade sindical onde podemos encontrar o surgimento de uma luta por reconhecimento da autonomia jurídica da coletividade de servidores estatutários, e veremos a seguir que, à luz dos pressupostos da teoria da luta por reconhecimento, a greve pode ter exercido um papel de resistência que forçou uma histórica gradação de aumento de espaços de reconhecimento da categoria, algo que foge às comuns reclamações salariais ou de condições de trabalho da classe trabalhadora em paralisações.

3. Greve como luta por reconhecimento

Axel Honneth registra que“a tolerância ao subprivilégio jurídico conduz a um sentimento paralisante de vergonha social, do qual só o protesto ativo e a resistência poderiam libertar" (2003, p.197-198), sendo que, em situações tais de desrespeito jurídico, contra essa ofensa social os grupos desprezados lutarão politicamente em prol do reconhecimento de sua autonomia jurídica:

> [...] não é apenas um meio prático de reclamar para o futuro padrões ampliados de reconhecimento. Como mostram as reflexões filosóficas, a par das fontes literárias e da história social, o engajamento nas ações políticas possui para os envolvidos também a função direta de arrancá-los da situação paralisante do rebaixamento passivamente tolerado e de lhes proporcionar, por conseguinte, uma auto-relação nova e positiva. A razão dessa motivação secundária da luta está ligada a própria estrutura da experiência de desrespeito (HONNETH, 2003, p. 259)

Nessa linha, perceberemos que a greve no serviço público estatutáriodesempenhou, inicialmente, o papel de luta política pelo reconhecimento jurídico do próprio direito de greve, pois, em que pese não ter sido regulamentada por lei específica, o que levou a jurisprudência em épocas passadas tratar a garantia do inciso VII do artigo 37 da Constituição da República como norma de eficácia

limitada (STF, MI 20), a mera permissão de associação sindical serviu para que a categoria desfrutasse do recurso à greve.

A dinâmica social desautorizou o dogma jurisprudencial de que a previsão constitucional da greve era norma de eficácia limitada, pois, independentemente de ser taxada como ilegal, as paralisações ocorreram no serviço público, e não foram poucas.

É conhecido que o Supremo Tribunal Federal, nos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, a pretexto da inconstitucionalidade da mora legislativa, ordenou a aplicação da Lei nº 7.783, de 1989 (que regulamenta as paralisações dos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho), à greve dos servidores estatutários.

Nesse contexto, é possível inferir que a regulamentação precária dada pelo Supremo Tribunal Federal teve apenas a intenção de conter o recurso à greve, ante os abusos no uso do instrumento que prejudicavam a continuidade do serviço público[167]:

> [...] Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.
>
> Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de vôo do país; ou ainda, no caso da greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.
>
> A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a relembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos. (MI 708, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-206 30/10/2008)

Esse movimento, até então não reconhecido juridicamente, conseguiu transformar uma norma que antes era de eficácia limitada em eficácia contida, nítidos resultados de um processo de evolução histórica fornecidos pela luta por reconhecimento:

> A tarefa do quadro interpretativo em vista é descrever o fio idealizado através do qual puderam liberar-se os potenciais normativos do

[167] E o uso das greves no setor público tem tomado proporções maiores do que na iniciativa privada, a exemplo do ano de 2011, em que os servidores deflagraram 58,7% do total de greves, acumulando 52.739 horas paradas, sendo que 10% dessas greves duraram por volta de 61 dias, segundo o Balanço de Greves do Dieese 2010-2011.

> direito moderno e da estima; ele faz com que se origine um nexo objetivo-intencional, no qual os processos históricos já não aparecem como meros eventos, mas como etapas em um processo de formação conflituoso, conduzindo a uma ampliação progressiva das relações de reconhecimento. (HONNETH, 2003, p. 267-268 - grifei)

O Supremo Tribunal Federal “assegurou” a greve, mas, se se partir da necessária estrutura triangular da liberdade sindical, não faltaria garantir a negociação coletiva para esses servidores?

É verdade que o Supremo Tribunal Federal “aplicou” aos servidores estatutários a Lei nº 7.783, de 1989,na parte em que trata da necessidade das tentativas de negociação antes da deflagração de greve[168], e com isso decidiu algumas vezes condicionar a legalidade das greves à precedência das negociações[169].

Mas tal fato não pode ser concebido como superação da jurisprudência contrária ao direito de negociação coletiva, pois o Supremo Tribunal Federal exigiu a tratativa apenas como ato *pro forma* para (atrasar) a deflagração da greve, porque a aplicação da Lei nº 7.783, de 1989, não garantiu aos servidores a efetiva participação e representação no estabelecimento das condições de trabalho tal como funciona para os demais trabalhadores regidos por esse diploma[170]. Não foi por menos que, em seguida, a Corte voltou a negar o direito de negociação coletiva para os servidores[171].

Entendo ser paradoxal essa posição do Supremo Tribunal Federal, pois,

---

[168] Nos termos do voto relator: “[...] 53. Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1° ao 9°, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3° e seu parágrafo único, no art. 4°, no parágrafo único do art. 7°, no art. 9° e seu parágrafo único e no art. 14 21. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n. 7.783/89: ‘Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho. Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação. [...] ‘Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.’” (MI nº 712, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno do STF, julgado em 25/10/2007, DJe-206 30/10/2008).

[169] Por exemplo, na Rcl. nº 13.364 MC e no RE nº 456.530 ED.

[170] Para satisfazer essa exigência, bastaria o envio de um mero expediente da entidade sindical com a pauta de reivindicações, instaurando um procedimento administrativo em que um pede e o outro decide. Isso estimula o contraditório, e não o consenso.Adiante se verá que, na prática, pouco importa o teor e a moralidade das pretensões, uma vez que, inexistindo o dever da Administração reunir-se com os representantes dos servidores, não se estimula uma postura de formulação de pedidos que estão ao alcance do administrador.

[171] Por exemplo, no ARE 647436 AgR.

independentemente de previsão expressa ou implícita, é impróprio conceder o extremo da liberdade sindical e instrumento de maior impacto social - greve - sem que isso acompanhe um meio de pacificação – negociação coletiva-, porque tal contrassenso tem gerado efeitos negativos sobre a continuidade do serviço público cuja própria Corte alegou defender nos mandados de injunção de greve:

> O maior impacto da negativa à negociação coletiva para o setor diz com a continuidade do serviço público e com a eficiência, pois, numa conjuntura em que o Poder Público é o garantidor dos serviços indispensáveis para a maioria da sociedade, e sendo os servidores o meio de atuação do Estado nessa situação, entender a greve como o único meio de expressão da categoria é descuidar dos cidadãos que necessitam desses serviços. (BARBOSA, 2012, p. 13).

Faltou um pouco do*pensamento do possível*, questionar "¿quépodria ocupar el lugar de lo que es?" (HABERLE, 2003, p. 49), talvez uma simples interpretação conforme que trouxesse a obrigação de sentar-se à mesa em pé de igualdade, um negociar que não significa fechar acordo e sim ouvir e considerar todas as preocupações de ambos os lados, alternativas que fariam toda a diferença para a continuidade do serviço público.

Por isso que não vejo com bons olhos entender que os conhecidos mandados de injunção de greve resolveram toda a problemática da liberdade sindical no serviço público. A luta por reconhecimento da autonomia coletiva dos servidores estatutários ainda é uma questão em aberto.

Agora, a greve, que tinha por finalidade o seu próprio reconhecimento, passou a lutar em prol do reconhecimento daparte faltante da liberdade sindical: a autonomia negocial desses servidores.

Como o uso da greve pode servir para tal finalidade? Através do jeito! Pois, mesmo com o não reconhecimento jurisprudencial da negociação coletiva, os servidores inventaram um "jeitinho" para forçar o diálogo com a Administração Pública (tal como antes acontecia quando a greve não era reconhecida), porque:

> [...] diferentemente da iniciativa privada, que só pode fazer greve após frustrada a negociação coletiva ou não cumpridos os seus termos (artigos 3º e 14 da Lei nº 7.783, de 1989), os servidores paralisam as atividades para coagir a Administração à aceitar as reivindicações da categoria, e a partir de então inicia-se o diálogo no setor público. (BARBOSA, 2012, p. 61)

E porque o "jeito" não é contestado ou ao menos estudado, embora

amplamente praticado? Keith S. Rosenné preciso na explicação sobre a utilidade dessa “arte” brasileira:

> O principal benefício de uma instituição como o jeito é que ela permite a uma sociedade ganhar tempo para resolver sérias tensões institucionais sem romper violentamente o modelo social [...] O jeito pode ser considerado uma maneira de ajustar provisoriamente, ou, pelo menos, de adiar conflitos sociais. (ROSENN, 1998, p. 111)

Contudo, ainda segundo Rosenn, “embora o jeito resulte em certos benefícios importantes, eles são benefícios de curta duração” (1998, p. 113). É o caso da forma como a greve vem sendo utilizada como “atalho” para negociar pois, em que pese aparentar trazer benefícios imediatos, essa inversão da lógica sindical gera um ciclo vicioso, porque, uma vez que não possuem o dever legal de cumprir com as promessas anunciadas nessas negociações clandestinas, não raro os Administradores ignoram a palavra dada nos acordos, atitude que faz com que os servidores deflagrem novas greves[172]:

> É claro que, nessas circunstâncias, o Administrador reserva-se a possibilidade de descumprir o que foi legitimamente acordado, considerando-se que, caso a Administração não cumpra a sua parte, os sindicatos não contarão com a tutela judicial, posto que o Poder Judiciário brasileiro já declarou que a negociação coletiva entre servidores públicos e Administração é inconstitucional. (DEMARI, 2007, p. 146-147)

Essa clandestinidade cria um *parassistema administrativo*, vez que feita sem quaisquer parâmetros normativos que possibilitem o controle das tratativas, o que gera dúvidas sobre sua legitimidade, porquanto seus fundamentos não são devidamente expostos à coletividade:

> O acima afirmado pode ser exemplificado com o que se passa amiúde em relação ao modo como surgem certas normas estatutárias da função pública. Se um certo grupo de servidores, representado por um sindicato, associação ou mesmo comissão temporária, logra acesso aos dirigentes da administração pública para negociar certos interesses, é possível que ele venham a conquistar certos privilégios que, embora considerem legítimos direitos, poderão estar em franco confronto com padrões de legitimidade e de razoabilidade na aplicação das normas e princípios constitucionais. Podem alcançá-lo sob o manto de uma ‘legítima negociação’, mas só aparentemente, pois nem os fins justificam os meios, nem estes podem ratificar qualquer resultado. Neste caso, estaremos diante de *lobby* sem legitimidade. (ARAÚJO, 2011, p. 242).

[172] Segundo o Balanço das Greves em 2012 feito pelo DIEESE (2013), as paralisações no setor público que reivindicam o cumprimento de promessas da Administração alcançou 51,8% do total de greves da categoria.

A incompreensão ou descrédito social do movimento sindical dos servidores encontrados nos singelos dados que levantei no início deste *paper* podem ter suas raízes aqui, tendo em vista que, ao não serem reconhecidos juridicamente de longa data, sobre os servidores recaíram preconceitossociais quando se engajam coletivamente, cujas razões são bem explicadas por Zairo B. Cheibub:

> Quanto aos impactos políticos, algumas análises salientam que a institucionalização o da negociação coletiva no setor público ameaçaria a democracia ao propiciar um canal privilegiado de acesso ao Estado para um grupo de interesse particular, isto é, os sindicatos dos servidores públicos. Dificilmente, argumentam os autores, haveria a formação de outros grupos de interesse fortes o suficiente para contrabalançar os sindicatos de servidores públicos, o que faria com que os governantes não pudessem resistir às pressões por aumentos salariais (cf. Summers, 1980; Cohen, 1980). (CHEIBUB, 2000, p. 122)

Assim, não obstante as greves no serviço público sejam deflagradas em decorrência da falta de abertura de espaço pela Administração Pública para dialogar, tal quadro permite que sejam feitas reivindicações pelos servidores que passam ao largo das possibilidades legais do Poder Público e que, evidentemente, não podem ser atendidas (pois, na clandestinidade, seria ingênuo acreditar que haveria alguma preocupação sobre o que a Lei permite ou não). Vale dizer, a negativa da autonomia negocial isentou pode ter isentado os servidores da responsabilidade pelo próprio discurso que teriam caso tivessem voz no estabelecimento das condições de trabalho.

A teoria da luta por reconhecimento de Honneth possui um critério interpretativo pertinente para essa situação, pois, segundo o autor, apenas o sujeito que se sente auto realizado com o reconhecimento de sua autonomia jurídica pode “referir a si mesmo como uma pessoa moralmente imputável” (2003, p. 194), ou seja, possui a capacidade de avaliar os impactos das suas pretensões:

> Se incluirmos no nexo assim traçado as reflexões desenvolvidas até o momento, então se poderá tirar a conclusão de que um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de 'auto-respeito' [...] Dito brevemente, auto-realização depende do pressuposto social da autonomia juridicamente assegurada, visto que só com base nela cada sujeito é capaz de se conceber como uma pessoa que, voltando-se a si mesma, pode entrar numa relação de exame ponderador dos próprios desejos (HONNETH, 2003, pp. 197 e 277)

Como estamos diante de uma situação de desrespeito à autonomia jurídica coletiva, é possível entender, através da teoria da luta por reconhecimento, que essas pretensões salariais e de condições de trabalho aparentemente ilegítimas veiculadas pelos servidores nas greves, que propiciam as críticas sociais negativas que exemplifiquei no início do estudo, em vez de ser um mero interesse por acréscimo patrimonial, sirvam justamentepara chamar atenção de toda a coletividade como forma de suprir a carência gerada pelo desrespeito de sua situação jurídica, ainda que isso gere uma imagem negativa:

> [...] nas sociedades modernas, as relações de estima social estão sujeitas a uma luta permanente na qual os diversos grupos procuram elevar, com os meios da força simbólica e em referência as finalidades gerais, o valor das capacidades associadas a sua forma de vida. Contudo, o que decide sobre o desfecho dessas lutas, estabilizado apenas temporariamente, não é apenas o poder de dispor dos meios da forca simbólica, específico de determinados grupos, mas também o clima, dificilmente influenciável, das atenções públicas: quanto mais os movimentos sociais conseguem chamar a atenção da esfera pública para a importância negligenciada das propriedades e das capacidades representadas por eles de modo coletivo, tanto mais existe para eles a possibilidade de elevar na sociedade o valor social ou, mais precisamente, a reputação de seus membros. (HONNETH, 2003, p. 207-208 - grifei)

Assim, ainda que descoordenado e incompreendido, o exercício da greve dos servidores públicos estatutários, para além das pautas grevistas dos trabalhadores em geral (salários, ambiente de trabalho, etc.), pode ser um instrumento de resistência contra o paternalismo[173]histórico que pesa sobre a categoria, vale dizer, em resposta ao problema de pesquisa, essas paralisações possuem a probabilidade de ter uma motivação moral contra o não reconhecimento da sua autonomia coletiva.

Conclusão

Após sintetizar os elementos da teoria sobre a luta por reconhecimento fornecidos por Axel Honneth, para analisar a greve dos servidores públicos

[173] Por paternalismo, tenha-se como “uma política social orientada ao bem-estar dos cidadãos e do povo, mas que exclui a sua direta participação: é uma política autoritária e benévola, uma atividade assistencial em favor do povo, exercida desde o alto, com métodos meramente administrativos. Para expressar tal política, nos referimos então, usando de uma analogia, à atitude benevolente do pai para com seus filhos ‘menores’” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO; 1998, p. 908, grifei).

estatutários à luz dos seus pressupostos, foi possível perceber que existe a possibilidade dessas paralisações seremmotivadas pelo desrespeito à autonomia negocial da categoria, aspecto básico para o exercício da liberdade sindical.

O encontro desse aspecto diferenciado da greve dos servidores estatutários em relação às paralisações das demais categorias nos permite explicar, a partir dos ensinamentos de Honneth, o porquê dos desencontros entre os discursos dos próprios servidores e dos demais integrantes da sociedade evidenciados no começo dessa investigação, pois,uma vez que umacoletividade reclama mesmo que inconscientemente o desrespeito a sua autonomia jurídica, não há espaço para o compartilhamento solidário das informações desse movimento:

> Mas a relação jurídica moderna influí sobre as condições da solidariedade pelo fato de estabelecer as limitações normativas a que deve estar submetida a formação de horizontes de valores fundadores da comunidade. Por conseguinte, a questão sobre em que medida a solidariedade tem de entrar no contexto das condições de uma eticidade pós-tradicional não pode ser explicada sem uma referência aos princípios jurídicos (HONNETH, 2003, p. 278)

Não quero dizer, com isso, que todas as paralisações de servidores estatutários decorram de "sentimentos de indignação moral" (HONNETH, 2003, p. 222) contra a diminuição da importância constitucional da sua liberdade sindical. É evidente que esses movimentos podem pretender apenas aumento patrimonial, conforme também visto nos dados levantados no início do *paper*.

Mas a teoria da luta por reconhecimento nos permite abrir os olhos contra os preconceitos e incompreensões sobre os motivos desse peculiar movimento. Externar aumento de remuneração (ou outro assunto semelhante "odiado" pelos contribuintes que arcam com isso) pode também significar busca por reconhecimento[174]. Devemos evitar antecipações,porque é preciso, segundo Honneth, avaliar empiricamente o contexto das relações de reconhecimento

> Ali *[interesses]*se trata da análise de uma concorrência por bens escassos, aqui*[reconhecimento]*, porém, da análise de uma luta pelas condições intersubjetivas da integridade pessoal. Mas esse segundo modelo de conflito, baseado na teoria do reconhecimento, não pode precisamente substituir o primeiro, o modelo utilitarista, mas

---

[174]Nos recortes das discussões sobre as greves que fiz no início constam servidores de outras categoriasque não se viam devidamente reconhecidos ao compararem as suas atribuições com a dos grevistas, entendendo ser injusta a forma como foram fixadas as remunerações em questão. O assunto não é novo, basta lembrar que juízes pleitearam simetria salarial com os membros do *parquet* como forma de preservara dignidade da carreira.

> somente complementa-lo: pois permanece sempre uma questão empírica saber até que ponto um conflito social segue a lógica da persecução de interesses ou a lógica da formação da reação moral [...] mesmo aquilo que, na qualidade de interesse coletivo, vem a guiar a ação num conflito não precisa representar nada de último e originário, senão o que já pode ter se constituído previamente num horizonte de experiências morais, em que estão inseridas pretensões normativas de reconhecimento e respeito - esse é o caso, por exemplo, em toda parte onde a estima social de uma pessoa ou de um grupo está correlacionada de modo tão unívoco com a medida de seu poder de dispor de determinados bens que só a sua aquisição pode conduzir ao reconhecimento correspondente. É na direção de uma semelhante interpretação retificadora dos conflitos sociais que aponta hoje uma série de investigações históricas cuja atenção está dirigida acultura moral cotidiana das camadas sociais baixas; os resultados desses estudos podem contribuir para justificar empiricamente um pouco mais o modelo de conflito desenvolvido aqui e defendê-lo em face de objeções óbvias. (HONNETH, 2003, p. 261-262 - grifei)

O ensaio teve uma finalidade provocativa, para fazer frente à naturalização do movimento grevista no serviço público, como se tudo tivesse sido resolvido com os famosos mandados de injunção de greve.Com a teoria da luta por reconhecimento não pretendi esgotar, mas sim ampliar o horizonte das possibilidades motivacionais das greves dos servidores estatutários, vez que a descoberta do exato valor material que está por trás desses movimentos “já não é mais assunto da teoria, mas sim do futuro das lutas sociais” (HONNETH, 2003, p. 279-280).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Negociação coletiva dos servidores públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BERLIN, Isaiah. Four essays on liberty. New York: Oxford University Press, 1971.

BARBOSA, Robson Rodrigues. Negociação Coletiva na Administração Pública: uma releitura da legalidade e da supremacia do interesse público. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Brasília, 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11ª ed. Brasília: UNB, 1998.

CARRASCO, Manuel Correa. La negociacióncolectiva como fuentedelderechodeltrabajo. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletin Oficial del Estado, 1997.

CHEIBUB, Zairo B. Reforma administrativa e relações trabalhistas no setor público: dilemas e perspectivas. Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 2000, vol.15, n.43, p. 115-146. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092000000200007>. Acesso em 30 de setembro de 2012.

DEMARI, Melissa. Negociação coletiva no serviço público. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

DIEESE. Balanço das Greves em 2012. Nº 66 – Maio de 2013. Disponível em <http://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2012/estPesq66balancogreves2012.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2014.

GERNIGON, Bernard; *et al*. A negociação coletiva na administração pública. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HABERLE, Peter. El Estado Constitucional. Trad. Héctor Fix-Fierro. 1ª reimpresión. D.F. – México: Universidad Nacional, 2003.

HODGES-AEBERHARD, Jane; DIOS, Alberto Odero de. Princípios do Comitê de Liberdade Sindical Referentes a Greves. Brasília: OIT, 1993.

HONNETH, Axel. Kritik der Macht. ReflexionsstufeneinerkritischenGesellschaftstheorie. Frankfurt amMain: Suhrkamp, 1986a.

_____________. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. 1ª ed. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do trabalho: direito coletivo do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1990, vol. 3.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. A contratualização da função pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OIT. Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. 1ª edição. Brasília: OIT, 1997.

PINTO, Mário. O direito perante a greve. Análise social: Revista do Instituto de

Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Lisboa: Gabinete, ISSN 0003-2573, ZDB-ID 4340012. - Vol. 4.1966, p. 56. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224165969H9aVK9ii3Cj59LE0.pdf>

ROMITA, ArionSayão. *Apud* JORGE NETO, Francisco Ferreira e & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de direito do trabalho. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROSENN, Keith S..O jeito na cultura jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

URIARTE, Oscar Ermida. Apuntes sobre lahuelga. Montevidéo: FCU, 1983.

CAPÍTULO 8

O STF E O "CASO ELLWANGER": A INTERFERÊNCIA DOS FATORES EXTRALEGAIS NO PROCESSO DE DELIMITAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ygor Werner de Oliveira[175]

RESUMO:Objetiva-se com este trabalho discutir a elaboração de uma decisão judicial pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Para este estudo toma-se como parâmetro o "Caso Ellwanger" (*habeas corpus* 82.424/RS), processo no qual restou decidido que anti-semitismo é crime de racismo. Tratando-se, pois, de um caso difícil, elege-se como marco teórico a perspectiva do direito como integridade de Ronald Dworkin; e a partir desse referencial acredita-se na possibilidade de explicação da criação judicial do direito em si, bem como numa explicação sociológica da decisão. A metodologia empregada consiste na breve análise dos votos de modo a identificar a presença de argumentos que demonstrem razões emocionais. A conjugação, portanto, do pensamento de Dworkin e da metodologia empregada permitiram identificar que a decisão judicial no referido *habeas corpus* resultou da presença de elementos emocionais e de pré-compreensões dos julgadores.

Palavras-chave: DECISÃO JUDICIAL – CASOS DIFÍCEIS – DWORKIN.

ABSTRACT: The purpose of this work is to discuss how Supremo Tribunal Federal (STF) decides. For this studying is taking a process called "Caso Ellwanger" (habeas corpus 82.424/RS). According to decision on that case antisemitism is crime of racism. As a hard case we have ellected for this "law as integrity", developed by Ronald Dworkin. This kind of theory permits the judicial creation of the law and also a kind of sociological explanation of the same decision. The methodology is based on a brief analysis of the judge's arguments to identifie the presence of emotional reasons. The relation between Dworkin and Giddens' theory permitted to conclude that STF's decision is resulting from emotional elements and preconceived reasons.

Keywords: DECISION – HARD CASE – DWORKIN.

Introdução

Quando o sistema jurídico é contemplado com a consumação da sua função mais precípua, que é o proferimento de decisões judiciais – principalmente as

---

[175] Mestrando em Direito Constitucional (UFRN); Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil (UFRN); Pós-graduado em Direito Tributário (IBET).

mais polêmicas, relativas a casos complexos, que são naturalmente difíceis de serem proferidas –, os operadores do direito, a comunidade jurídica em geral ou até mesmo os jurisdicionados mais leigos podem se remeter, invariavelmente, a algumas indagações triviais acerca de tal acontecimento: será que, diante do contexto jurídico (formal e material) e social a que estão expostos, os magistrados têm a obrigação – ou estão, por qualquer motivo, vinculados – a decidir tais casos de um determinado modo específico, de acordo com um *"padrão de julgamento"*?

Isto é, será que, ao proferirem os seus julgados, estão os juízes conectados a algum padrão – jurídico, moral, pessoal ou psicológico – que venha a lhes influenciar a decidir de determinada maneira, a fim de que seja estabelecida, para o caso concreto, o modelo de decisão justa e acertada? Ou, por outro lado, será que os julgadores apenas se incumbem, de uma forma mais silogística ou mecanicista, em apenas aplicar a lei ao caso concreto, como preveem as balizas mais clássicas do positivismo acrítico?

Os questionamentos em torno do papel do juiz, ou sobre até que ponto se estende e se legitima a discricionariedade da sua atuação – especificamente no tocante ao ato de decidir – são temas recorrentes e habituais no âmbito da teoria do direito, pois estão intrinsecamente relacionados com a pergunta *"o que é o direito?"*. Afinal, existe direito, ou mesmo direitos e deveres jurídicos, que sejam anteriores ao proferimento da decisão judicial e que vinculem juridicamente ou moralmente os juízes?

Discorrer sobre a relação entre direito e outros ramos das Ciências Sociais não é tarefa simples. Exige uma investigação epistemológica específica, além da coragem de enfrentar todo um preconceito que, ainda hoje, rodeia abordagens dessa natureza, de caráter interdisciplinar. Ainda assim, é desafio que merece ser aprofundado e levado adiante, tendo em vista os importantes avanços que tal abordagem permite, mormente em face do indício de que, na atualidade, o elemento jurídico constitui apenas parte dos motivos que compõem o rol das circunstâncias determinantes da decisão judicial.

Nesse sentido, a proposta da presente investigação circunscreve-se a uma esfera bastante cara para a filosofia do direito, mais especificamente situada nos debates em torno da lógica jurídica, bem assim, nos fatores que influenciam a

atividade judicial, valendo-se nesta quadra, contudo, não apenas dos referenciais metódicos alocados no campo das Ciências do Direito, mas também, igualmente, de contribuições pontuais situadas em outros ramos das Ciências Sociais.

O que se pretende, assim, é alargar a discussão a respeito dos aspectos que vinculam e condicionam a atuação judicial, a qual, em grande parte, é feita unicamente em torno do prisma da filosofia do direito, na tentativa de verificar se existem aspectos do psiquismo, da vida pessoal ou das próprias experiências pessoais dos magistrados que venham a funcionar como fatores influenciadores de sua atuação jurisdicional.

Um conceito de Direito baseado em regras: o método de colocação da decisão judicial frente aos *hard cases*

O conceito atribuído aos juízes relaciona-se, historicamente, com os mitos da imparcialidade, da neutralidade e à subordinação aos termos estritos da lei. Tomando tais referenciais como ponto de partida, de imediato pode-se proceder a sua transferência também para o resultado da principal atividade judicante, que é o proferimento da decisão judicial.

Portanto, magistrados e decisões judiciais encontrar-se-iam, teoricamente, submetidos e sincronizados aos mesmos parâmetros qualitativos de suas naturezas precípuas, que são, também, por demais caracterizadores da essência peculiar decantada, como um todo, sobre o amplo conceito de justiça. Tais abordagens conceituais, devidamente alocadas, é claro, dentro de um vertente puramente dogmático-filosófico, elucidam a aura da seriedade, sobriedade e confiabilidade no desiderato jurisdicional, ao fixar a lei, como premissa de origem, à condição de pilar único das decisões judiciais, estando estas, pois, devidamente amparadas por critérios objetivos de uma cientificidade eminentemente positivista.[176]

As estruturas clássicas do positivismo formal concebiam o ordenamento jurídico – então alicerçado na premissa da Constituição normativa – como um sistema hígido, completo e absoluto, sem espaço para contradições, ambiguidades, incongruências ou aberturas de qualquer natureza, onde no qual o intérprete, na

---

[176] VIGO, Rodolfo Luís. Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XXI às novas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 36.

aplicação do Direito, deveria nortear-se de forma metódica, sempre pelo caminho da via silogística. Assim, estando o sistema positivista pautado em bases racionais e lógicas, havia a previsão, de forma sistemática, de utilização de uma subsunção que dispensava toda apreciação dos fins e valores, sendo, portanto, a sua mais alta virtude metodológica eliminar qualquer influência do intérprete sobre o resultado da interpretação.[177]

De tal modo, sob a ótica positivista clássica, o juiz, quer se tratasse de legislação ordinária, quer de legislação constitucional, haveria de exteriorizar sempre sua objetividade interpretativa, devendo rejeitar os pressupostos extralegais e permanecer de todo adstrito ao rigor da disposição normativa, no sentido clássico, e tradicionalmente civilístico, da *"boca que profere a palavra da lei."* Portanto, o modelo de julgador idealizado pelo dogma positivista, quando no desiderato da "interpretação constitucional", longe de criar um novo direito, se cingia tão-somente a anunciar *"aquilo que o constituinte já havia decidido".*[178]

Esse modelo, no entanto, começou a demonstrar sinais de ruína a partir da Segunda Grande Guerra. Naquele momento evidenciou-se a derrocada da rigidez estruturada pelo sistema normativo positivista, ante a consternação acerca dos excessos praticados em nome da lei e da pureza do sistema.

Caiu, assim, o prestigio dos sistemas normativos abstratos respeitantes à ordem constitucional. Sua impotência lógica para sustentar um método interpretativo da Constituição ficou de todo patente, disso advindo uma nova posição teórica cristalizada ao redor do chamado sistema constitucional axiológico-teleológico, em substituição, portanto, do malogrado sistema axiomático-dedutivo.[179]

Segundo Luís Prieto Sanchís[180], *"um dos poucos pontos em que existe acordo na discussão metodológica-jurídica contemporânea é a negação à teoria da subsunção lógica como explicação do processo de aplicação do direito"*. Desapareceu, portanto, essa fé ingênua em que, com o Código em uma mão e a lógica

---

177 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007, pgs. 133 e 134.
178 Idem, p. 134.
179 Idem, p. 135.
180 SANCHÍS, Luis Prieto. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional.* São Paulo: Ícone, 2012, p. 223-224.

na outra, confiava em encontrar resposta fácil ante qualquer problema de natureza jurídica.

Assim, inspirados na teoria material da Constituição, os novos métodos, confrontados com o dogma da hermenêutica puramente formalista, apresentam, segundo alguns juristas, compensações possivelmente vantajosas: o que perdem em rigor lógico ganham em análise estimativa do objeto, que passa a ser visto por uma certa multiplicidade de perspectivas.[181]

Essa quebra de paradigmas, que vem sendo aprimorada gradativamente ao longo das últimas décadas, tem propiciado ao ordenamento jurídico o estabelecimento de modernas perspectivas acerca da axiologia das normas e da própria ontologia do ser humano, como, por exemplo: o aumento da participação dos demais atores sociais no processo de decisão, emprestando-lhe maior dinamismo; a diminuição do papel da norma; e a transformação do papel do juiz, que deixou de ser a “boca da lei”, e mero repetidor da vontade constituinte, e passou, proativamente, a exercer uma atividade efetivamente transformadora.

Por isso, no tocante à decisão judicial, principalmente mediante a inserção desses novos valores, não só se concluiu ser ela “fruto da inteligência”, como, inversamente, não mais se admitiu afastar a interferência do julgador na sua elaboração.

A postura ativa assumida pelos magistrados, aliada à superação do modelo formalista então engendrado pelo positivismo acrítico, propiciou aos julgadores um alargamento do rol de fatores que, no ato de decidir, podem ser racionalizados e ponderados, a fim de que o julgamento a ser prolatado encontre razão de ser não só na lei, mas também, principalmente, possa manter-se sintonizado aos fatores reais – as vezes reprimidos – que encontram-se latentes na sociedade.

Com efeito, sob a perspectiva sociológica, considera-se que o ato de decidir está diretamente informado por elementos externos à lei e aos códigos, assim como pelos valores e referenciais que cada julgador carrega consigo, quer sejam familiares, educacionais, econômicos, religiosos, políticos, ideológicos, etc. São motivações tão particulares que influenciam na simpatia ou não por uma parte, na valoração

[181] Idem, p. 136.

favorável ou não de um determinado elemento de prova, na aceitação ou não de um argumento, na inclinação por um e não outro motivo apresentado nos autos.[182]

Considera-se que tal integração de elementos dá-se em virtude de uma "dupla hermenêutica", que se baseia no constante "ir e vir" entre a teoria e a prática, entre o mundo da abstração teórica e o da experiência empírica, entre o aplicador da norma/decididor e a realidade fática, a fim de que a interpretação dos códigos possa, sempre, ser feita de forma sincronizada à realidade e aos fatores reais de poder da sociedade, conforme defendido há muito por Lassale[183].

Ao pressupormos tal relação, consequentemente admitimos a troca constante entre processo judicial e decididor, os quais podem se influenciar mutuamente. A conjunção desses elementos permite-nos trilhar caminho explicativo que justifique o fato de um mesmo caso judicial, se submetido a diversos juízes, ser decidido de maneiras diversas, o que aponta, portanto, para a existência de outros fatores além da lei ou da técnica interpretativa empregada a influir na prolação de decisões diferentes.

Segundo Fábio Reis[184], o psicólogo Daniel Kahneman, em livro de 2011, abordou questões reveladoras – e em certo ponto surpreendentes – acerca dos fatores extralegais que, efetivamente, despertavam influência em magistrados de diferentes países. O pesquisador em questão observou, por exemplo, juízes israelenses a deliberar sobre pedidos de liberdade condicional, e verificou que as suas decisões iam de 65% a favor após as refeições, até perto de zero ao aproximar-se a refeição seguinte. Não diferentemente, através da mesma pesquisa, constatou-se que experimentados juízes alemães, diante de artifício que os levava a ver lançamentos de dados viciados que resultavam em somas iguais a 3 ou 9, optaram, em casos de pequeno furto, por penas cerca de 40% maiores quando o resultado era 9 do que quando era 3.

Kahneman ligou observações como essas a um modelo da mente que a

---

182 PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 16.

183 LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

184 REIS, F. W. Mensalão, instituições e dor nas costas. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jan. 2013. Disponível em < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/89693-mensalao-instituicoes-e-dor-nas-costas.shtml

divide em dois sistemas: o Sistema 1, de intuições, impressões e operações automáticas e sem controle voluntário; e o Sistema 2, de atividades mentais que envolvem esforço, concentração e lógica. O estudo mostrou, elaboradamente, como a dinâmica do indispensável Sistema 1 contamina e "ancora", pela ação de fatores diversos, as atividades do Sistema 2.

Interferências desta natureza – que são, as vezes, extremamente sutis e singelas – podem incidir, uniformemente, nos julgados propalados em quaisquer casos judiciais, inclusive, também, naquelas hipóteses reputadas como de resolução mais simples, onde a antiga sistemática silogística, de mera subsunção do fato à norma, pode ser perfeitamente utilizada.

No entanto, nesta quadra cumpre atentar especialmente para os chamados casos difíceis (*hard cases*). Estes seriam casos judiciais para os quais não exista uma lei específica, ou haja mais de uma solução possível, principalmente em razão das dificuldades que lhes são inerentes, as quais poderão estar associadas a problemas no sistema jurídico, a regras inconsistentes ou a problemas empíricos ou semânticos da norma[185]. Por outro lado, podem sobrelevar-se, também, em razão de a norma aplicável ser de "textura aberta", o que, de acordo com Hart[186], faz com que as regras apresentem sempre a possibilidade da existência de uma "região de nebulosidade", ou uma "penumbra de dúvida", onde não se sabe com clareza se a regra deve ser aplicada ou não.

Luís Prieto Sanchís, citando Hart, afirma que "*a linguagem jurídica, como toda linguagem natural, apresenta em seu significado um núcleo de certeza e uma zona de penumbra ou textura aberta, de modo que quando pretendemos aplicar uma norma encontram-se casos que indubitavelmente estão contidos nela, mas aparecem também áreas de conduta em que muito se deve deixar para que seja desenvolvido pelos tribunais*"[187]. Nessas hipóteses, alocadas na zona marginal das regras e nos campos que a teoria dos precedentes deixa abertos, os tribunais desempenham uma função produtora de regras, estando os julgadores, portanto,

---

185 STRUCHINER, Noel. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. São Paulo: Renovar, 2002. p 101-104.
186 HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 5. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. P. 37 e 38.
187 SANCHÍS, Luis Prieto. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo. P 218;

legitimados a atuar de uma forma mais expansiva, sem que apenas as regras positivadas sejam levadas em consideração.

Por isso, não é correto que a pergunta *"o que é Direito?"* possa ser respondida examinando tão somente as leis e os Códigos, pois o verdadeiramente importante é o Direito real, ou seja, o Direito em ação que se manifesta continuamente por meio dos operadores jurídicos e singularmente dos juízes.[188]

Este ponto de partida não conduz, portanto, à defesa de elementos de objetividade no raciocínio judicial, senão ao reconhecimento de que, de fato, os tribunais obedecem geralmente a prescrições da legislatura. Essa obediência habitual é o que chama Ross[189] *"consciência jurídica formal"*, mas que no trabalho interpretativo se conjuga necessariamente com a *"consciência jurídica material"*, isto é, com o conjunto de valores, ideais e tradições culturais que também influem no átimo da prolação do julgado. Trata-se, pois, de uma interpretação construtiva, que é, ao mesmo tempo, conhecimento e reconhecimento, passividade e atividade.

Em suma, ante o pesadelo de alguns realistas que dissolvem o direito em uma soma desconexa de sentenças judiciais, e frente ao "sonho" daqueles que pretendem que o juiz encontre facilmente todas as chaves de sua sentença, a verdade situa-se em outro lugar intermediário: as normas são importantes e condicionam até certo ponto o sentido da sentença, mas, a partir desse ponto, se abre caminho à discricionariedade onde a teoria descritiva do Direito pouco tem a dizer.[190]

O arquétipo do Juiz Hércules em meio ao cenário pós-positivista

Efetivamente, os estudos mais vanguardistas da filosofia do direito – encampados especialmente pelos estudiosos alinhados à escola pós-positivista – têm cada vez mais acatado a ideia de que elementos exteriores à norma possam se conjugar e interferir na decisão a ser proferida, o que implica na possibilidade de a lei não ser o parâmetro necessariamente a ser seguido para resolução do caso concreto.

Por outro lado, o ponto nevrálgico desse processo de conjugação entre a

---

188 Idem. p 217.
189 Idem. p. 217.
190 Idem. p. 218.

norma e os “fatores externos” reside basicamente com relação aos casos difíceis, já que, teoricamente, a metódica antiga, fundada na simples subsunção do fato à norma, satisfaz a contento a resolução dos casos de menor complexidade.

Nessa discussão em torno de casos difíceis se sobressai Ronald Dworkin, que, desde os primeiros trabalhos teóricos, tem procurado oferecer uma metodologia viável à justificação da decisão judicial e à compreensão sobre como os juízes decidem.

Em sua opinião[191], os juízes, quando se deparam com casos dessa natureza, não decidem conforme as regras. Em verdade, estas seriam inapropriadas a oferecer solução, pois funcionam segundo o padrão do “tudo ou nada”, sem abertura para as circunstâncias que envolvem um caso difícil. Além do mais, casos difíceis pressupõem atividade interpretativa e esta conduz o juiz à criação do direito.

Contudo, a realidade jurídica oferece inúmeras dificuldades ao juiz. Para que ele se desvencilhe, por exemplo, da condição paradoxal de ter de decidir e de não dispor de parâmetros legais, Dworkin propõe que sejam utilizados argumentos de princípios.

Segundo Cláudia Regina da Silva[192], a utilização desse tipo de recurso não só favoreceria a identificação e delimitação do direito a ser aplicado no caso concreto, mediante a proteção de direitos individuais, como também ofereceria resposta àquilo que os positivistas não responderam: ao papel exercido pela moralidade (e pelos valores) do juiz na elaboração da decisão judicial. E neste sentido, Dworkin entende que os juízes não só podem como devem realizar – e, de fato, realizam – investidas na esfera do debate moral, a fim de decidir os casos concretos. Em outras palavras, Dworkin reage à separação entre lei e moral defendida pelos positivistas, e em resposta assevera que a história e a moralidade unem-se na criação dos direitos dos indivíduos.[193]

A sua meta é elaborar uma teoria do direito que comporte: o relacionamento do juiz com a lei, com sua moralidade pessoal e as orientações jurisprudenciais da corte –, devidamente apoiadas em uma “doutrina da

---

[191] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.
[192] SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do ireito pelo STF. Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI. Recife: 2006.
[193] Idem.

responsabilidade política” segundo a qual a tomada de decisão pelas autoridades políticas – no presente ou no futuro – pressuponha justificação no âmbito de uma teoria política.

À necessidade de melhor explicitação de sua teoria, Dworkin utilizará dois recursos: um modelo de julgador ideal, chamado Hércules, e um modelo interpretativo a ser empregado por esse juiz na aplicação das leis e princípios ao caso concreto.

O juiz Hércules, enquanto ser utópico e polivalente, estaria familiarizado tanto com as concepções jurídicas dominantes no povo como com os resultados das ciências afins, também devendo contar com uma sólida cultura econômica e mercantil, compreender as peculiaridades das profissões artísticas e, inclusive, estar em dia com todos os truques do criminoso profissional. Onisciente e sobre-humano, conhece a sua falta de legitimidade para criar normas e sabe que as partes no conflito pretendem o amparo de seu Direito, de um Direito próprio e preexistente.

Sua tarefa há de ser desenvolver a melhor e mais coerente teoria que explique e justifique o Direito explícito e, de modo particular, que integre e compreenda todas as exigências que derivam do sistema constitucional, com a segurança de encontrar o princípio adequado para resolver o conflito ou a hipótese de fato.[194]

Se aonde não chegam as normas institucionais explícitas ou onde estas não proporcionam uma resposta adequada, chega à moral; e, se essa moral não pode considerar simultaneamente algo como justo ou injusto, é óbvio que um juiz que cumpra o método hercúleo valer-se-á sempre de um critério externo para resolver cada caso, entendendo por critério externo aquele que não é criado pelo juiz, mas que é anterior à sua atuação e conhecido pelos que estão sendo julgados.[195]

Parece que tanta sabedoria, unida ao juramento, teria como resultado um sujeito-julgador que teria mais maturidade que a maioria dos membros de partidos que fazem o papel de legislador.

Mais além e acima das normas concretas, afirma Cláudia Regina da

---

194 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 133.
195 Idem, p. 133.

Silva[196] que *"o Direito em Dworkin é um universo de princípios e direitos que não conhece limites ou fronteiras a sua operosidade"*, que admite uma permanente expansão a serviço de uma justiça que existe e que deve buscar-se em qualquer hipótese, por mais difícil que seja, haja vista que tudo o que se faz necessário para decidir já está posto – quer sob a forma de regras, quer sob a forma de princípios.

Detalhe importante reside no fato de que o Juiz Hércules não receia se ver (e ser visto) como um ser eminentemente moral, que defende crenças e opiniões particulares sobre as mais variadas discussões. E não poderia ser o contrário, haja vista encontrar-se integrado à realidade que julga, sendo ele mesmo cidadão e juiz ao mesmo tempo, permanecendo atento às circunstâncias sócio-políticas que o rodeiam.

Hércules, portanto, representaria a figura do juiz-assistencial, típico da era do "bem-estar social", que tenta se desdobrar como engenheiro social. Sua atividade impõe a relativização do mito da supremacia do legislador, resultante da mudança de paradigma, cuja decisão advinha da imposição da norma ao fato.

A constatação de tais mudanças no âmbito do cenário jurídico também pode ser corroborada do ponto de vista da psicologia. A descoberta do inconsciente, no final do século XIX, com a asserção de que o *"homem não é senhor dentro de sua própria casa"*, provocou um abalo profundo no racionalismo absoluto que vigorava no desenvolvimento científico de então. E escancarou a necessidade de se repensar os fundamentos epistemológicos das ciências.

Isso, sem dúvidas, trouxe consequências também para o campo do Direito, não apenas para o modo de produção da Ciência do Direito – em termos de sua epistemologia – mas para a própria forma de se encarar o fenômeno jurídico, que por se constituir de realidades tão complexas sofre influência direta, também, das temáticas afeitas à psicologia. É este, por exemplo, o caso do Direito de Família e, principalmente, da atenção a ser dada à conduta dos chamados "operadores do Direito", que sempre acreditaram poder lidar com a realidade jurídica a partir de uma perspectiva neutra e agora se dão conta de que isso é impossível, não apenas porque o objeto com que lidam é "humano", mas porque eles próprios o são.[197]

---

[196] SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do ireito pelo STF. Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI. Recife: 2006.

[197] SENA, Jaqueline Santa Brigida. O juiz e a sombra: uma análise dos fatores extralegais que

Além do mais, segundo Jaqueline Brigida Sena[198], *"como qualquer ser humano, os magistrados também possuem aspectos reprimidos de sua personalidade*". E talvez, no caso dos juízes, seja ainda mais difícil lidar com essa situação, uma vez que, pela posição que ocupam, existe uma expectativa social muito grande em torno de seu caráter, qualidades, modo de ser e de se comportar.

Exemplificando: o juiz que, inconscientemente, nutre preconceitos que ele próprio desconhece contra pessoas de cor negra ou de religião diversa da sua, poderia, eventualmente, ao julgar essas pessoas, ter seu juízo crítico prejudicado por conta de fatores inconscientes, o que poderia colaborar para a prolação de decisão desfavorável a essas pessoas.[199]

Influências desta ordem, inclusive, já ocorreram em julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

O padrão de decisão adotado pelo STF no julgamento do "Caso Ellwanger"

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao longo da sua história secular, se debruçou, na condição de mais alta Corte judicial do país, sobre os mais diversos processos, cujas discussões envolviam temas polêmicos, conflitantes, e de grande repercussão nacional.

No ano de 2003, o STF, ao se debruçar sobre um desses casos – que, especificamente, envolvia acusações de racismo e anti-semitismo – demorou aproximadamente 09 (nove) meses para chegar à decisão final, tamanha a carga de complexidade e de controvérsias que o envolvia.

Siegfried Ellwanger, originariamente condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) pelo cometimento de crime de racismo, resultante do exercício de atividade intelectual e empresarial que envolvia a publicação e venda de livros de temática anti-semita, ingressou no STF com pedido de *habeas corpus,* por meio do qual pretendia afastar a imputação do delito por força do art. 5º, LXII, da Constituição Federal. Os seus argumentos de defesa restaram

---

influenciam a atuação judicial a partir da psicologia analítica. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: 2009.

198 Idem.

199 Idem.

fundamentados, basicamente, no fato de os judeus não se configurarem, tecnicamente, em uma raça, fato que impediria o enquadramento da sua conduta no referido tipo. Ao final do transcurso processual e recusados os principais argumentos de defesa do peticente, a condenação restou mantida pelo STF, o que se deu após intensa discussão acerca dos elementos que envolviam o caso.

Assim, a partir da argumentação apresentada pelo paciente, a corte teve por preocupação delimitar os seguintes aspectos: o conceito de racismo e seu alcance; o enquadramento do racismo na legislação infraconstitucional; a incidência da imprescritibilidade e da inafiançabilidade, tal como previstas na Constituição Federal (art. 5º, LXII); a tipicidade ou não da conduta do paciente; e a ocorrência de conflito entre princípios.

Segundo Claudia Regina da Silva[200], o "Caso Ellwanger" foi o primeiro processo, com trâmite no STF, onde restaram abordadas questões relativas ao anti-semitismo; portanto, *"a decisão adotada não teve influência de qualquer paradigma judicial pretérito"*. Por outro lado, no tocante especificamente ao racismo, a Corte já houvera se debruçado anteriormente sobre essa matéria, contudo estando limitada, às ocasiões, apenas às demandas que envolviam, exclusivamente, agressões perpetradas contra pessoas de cor negra.

Por isso, o primeiro entrave a que foram submetidos os Ministros do STF consistia em definir, tecnicamente, o conceito e a abrangência da palavra "racismo", haja vista a inexistência de uma conceituação satisfatória deste instituto no âmbito das Leis nº 7.716/89 e nº 8.081/90.

Conforme bem observado pelo Relator do processo, a redação originária da Lei nº 7.716/89 *"somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor"*, e, não obstante isso, a Lei nº 8.081/90 apenas estendera a tipificação do fato para a etnia, religião ou procedência nacional. Desta feita, no tocante à imprescritibilidade prevista na Constituição Federal, esta ficara *"restrita à prática do racismo e não às outras práticas constantes do novo tipo penal."*[201]

Por outro lado, ainda no entender do Relator, não haveria possibilidade de

---

[200] SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do ireito pelo STF. Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI. Recife: 2006.

[201] Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 13.

a legislação infraconstitucional proceder à definição de racismo, cabendo-lhe apenas tipificar as condutas e fixar as penas. Por isso, numa primeira abordagem, a situação em análise desenhou-se sem solução, dada a impossibilidade de encontrar na lei e na Constituição Federal a definição de racismo, e sendo esta a questão principal a ser definida, os ministros tiveram que se utilizar outros recursos.[202]

Inicialmente, para obter a definição de raça, duas opções foram utilizadas: a tradicional, de cunho biológico, que se baseia na existência de 03 (três) grupos principais (branca, amarela e negra), delas afastados os grupos religiosos, geográficos, lingüísticos etc.; e a contemporânea, que recorre às informações resultantes das pesquisas genéticas. Em seguida, recorreu-se a excertos de obras escritas por judeus nas quais se afirmava não existir uma raça judaica. Tais referências serviram tanto para corroborar os argumentos dos que concediam quanto os dos que indeferiam a concessão da ordem.[203]

O terceiro recurso foi tentar conferir uma interpretação extensiva ao termo “racismo”, previsto na Constituição Federal, de modo a abarcar em seu rol discriminações contra outros segmentos da sociedade brasileira. Nesta etapa, os métodos interpretativos utilizados foram o gramatical (semântico) – haja vista ter se buscado na própria palavra “racismo” a sua definição; o histórico, por meio do qual se tentou reconstruir a inclusão de emenda à Constituição Federal sobre racismo, no período da Assembléia Constituinte; em seguida o teleológico, de modo a extrair/aplicar interpretação harmônica da Constituição Federal, tendo em vista os princípios fundamentais da república federativa, os princípios que regem a ordem internacional, e o possível conceito jurídico-penal do crime de racismo.[204]

Alguns aspectos legais polêmicos se mostraram presentes desde logo. Inicialmente, repita-se, com relação à definição de racismo: sem uma definição clara do instituto, não haveria como tipificar a conduta do paciente. A preocupação com os termos dessa conceituação, contudo, tal como evidenciado por um dos ministros, promoveu o distanciamento dos julgadores de uma das principais questões suscitadas pelo paciente, relativa ao afastamento da cláusula de imprescritibilidade (CF, art. 5º,

---

202 SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do ireito pelo STF. Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI. Recife: 2006.
203 Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004, p. 13.
204 Idem, p. 128

LXII). Além do mais, foram levantadas dúvidas acerca da tipicidade da conduta do paciente, uma vez que a proibição à publicação de livros só veio a ocorrer após a publicação da Lei nº 8.081/90. Para tanto, procedeu-se à verificação das datas de publicação dos livros arrolados como de autoria ou publicados pelo paciente, e verificou-se que nenhum deles fora editado após a Lei nº 8.081/90, ou seja, quando vigente a lei incriminadora da conduta. Ao final, o acusado aventou à corte os termos do princípio da presunção de inocência em matéria penal, que deveria prevalecer na análise da situação do paciente.

Em que pese a complexidade do caso e a aparente lacunosidade do sistema para resolver *prima facie* questões deste porte, nenhuma das alegações suscitadas foi acolhida. Interessante perceber que no transcorrer de um julgamento desta envergadura alguns ministros não se furtaram de expressar argumentos reveladores de suas próprias pessoalidades, a indicar, portanto, uma certa parcialidade.

O exemplo mais significativo deste tipo de postura foi o da então Ministra Ellen Gracie, que logo na abertura do seu voto fez menção ao início de sua vida profissional como tradutora, cabendo-lhe *"[...] verter do inglês para o português boa parte dos verbetes da Enciclopédia Judaica Roth editada no Brasil pela Editora Tradição, do Rio de Janeiro."*[205] Na seqüência, a ministra fez constar que fora buscar nessa mesma obra a definição para "raça e racismo". Outro exemplo foi a menção, suscitada pelo então Ministro Nelson Jobim, de "testemunho pessoal" acerca da sua participação, como Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos, em 14 de junho de 1993, na qual defendera a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos.[206]

Outro aspecto a despertar interesse dos ministros foi o relativo à ordem internacional. Na maioria dos votos fez-se incursão em diversas declarações e convenções internacionais que tratam de direitos humanos e da supressão de toda forma de discriminação, dos quais o Brasil figura como signatário. Destaque para o Ministro Celso de Mello, que considerou o julgamento histórico e simbólico, *"[...] pois, hoje, está em debate [...] questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores,"* a conferir *"legitimação ético-jurídica à ordem normativa [...]"* que estrutura *"o próprio Estado Democrático de*

[205] Idem, p. 123
[206] Idem, p. 102.

Direito.”[207]

Tomando como referência a experiência internacional foram mencionadas algumas leis aprovadas em outros países contra práticas discriminatórias ou que pretendam negar a ocorrência do holocausto. Por outro lado, em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela concessão da ordem, também mencionou decisões judiciais favoráveis à proteção ao direito de liberdade de expressão. Foram mencionadas também decisões judiciais, das justiças americana e inglesa, para as quais os judeus, embora não sejam uma raça, são considerados raça para fins de proteção contra atos discriminatórios e para certos direitos.

Ou seja, a finalidade da proteção, segundo a ótica da maioria dos Ministros, assegura o *status* racial. Portanto, os principais elementos que concorreram para o veredito foram: o alargamento do conceito de racismo; a constante menção ao holocausto a justificar a necessidade de proteção dos judeus; a natureza dos livros editados e escritos pelo paciente (considerados de baixa qualidade, panfletários e disseminadores de preconceito); a presença de longas narrativas a enfatizarem as agruras históricas do povo judeu e as “obsessivas perseguições” sofridas, a contar do exílio no período bíblico; a acusação de deicídio, as perseguições sofridas pelo Tribunal do Santo Ofício e o assassínio em massa perpetrado na Segunda Grande Guerra; ênfase, em todos os votos, acerca da proteção dos direitos humanos; a utilização constante do parecer elaborado pelo ex-Ministro das Relações Internacionais, Celso Lafer, participante como *amicus curiae*, ele mesmo de ascendência judaica.

Assim, sob a perspectiva da análise da decisão em si, observou-se que a mesma se constituiu em manifestação fortemente influenciada por motivos de cunho pessoal e valorativo, apresentando evidentes pré-compreensões dos julgadores bem como posicionamentos particulares já previamente estabelecidos, principalmente sobre racismo, anti-semitismo, e sofrimento dos judeus no holocausto, principalmente este último, de forte apelo emocional.

Observou-se também que em nenhum momento os ministros do STF utilizaram dados estatísticos os quais porventura poderiam demonstrar a incidência de manifestações anti-semitas no Brasil. Se de um lado tal postura pode revelar a

---

[207] Idem, p. 53.

pouca importância que os julgadores dão a dados dessa natureza, possivelmente considerados dispensáveis para a fundamentação de uma decisão, por outro é de estranhar que decisão desse porte, que implica na grave restrição ao direito da liberdade de expressão, por exemplo, tenha sido proferida à míngua de elementos objetivos, ratificadores da realidade social brasileira. Mais ainda, porque a utilização de dados dessa ordem poderia dar aos ministros, “[...] instrumental analítico, de base científica, por ser empírico-verificável, que lhes vai permitir provocar o reencontro do nosso chamado sistema normativo positivo com a nossa realidade social.” [208]

Admissível cogitar, portanto, que, para os ministros, a realidade social que efetivamente interessava ao julgamento já se encontrava por si só esclarecida, a prescindir de qualquer ratificação. Por outro lado, os únicos dados que emprestaram alguma cientificidade à decisão foram aqueles obtidos sobre o percentual de diferenciação entre as pessoas, fundado em pesquisa genética. Observa-se também a flagrante parcialidade da maioria dos ministros em favor do povo judeu, de tal modo que em diversos momentos optou-se por não adentrar em problemas procedimentais do processo (como o da tipicidade), devidamente evidenciados e apresentados pelos ministros cujos votos restaram vencidos.

Interessante perceber, igualmente, que os votos vencidos foram os que mais se aproximaram de uma discussão de natureza técnico-legal, isto porque se dedicaram, por exemplo, a analisar aspectos importantes como a tipicidade da conduta e o entrechoque entre princípios constitucionais. Foram também os que fizeram referência a decisões internacionais nas quais o princípio da dignidade humana submeteu-se ao da liberdade de expressão. Curiosamente, em sentido oposto aos votos da maioria, os votos vencidos foram os que menos apresentaram referências a experiências pessoais ou a informações de cunho emocional.

Confirmou-se também o âmbito interpretativo limitado da legislação infraconstitucional ao conceito de racismo, indispensável para o deslinde do caso, o que obrigatoriamente remeteu os julgadores à utilização de outros recursos interpretativos de maior alcance, inclusive mediante o intercambiamento de outros saberes. Neste sentido, vale destacar a advertência de Dworkin segundo a qual, em casos difíceis, o “tudo ou nada” das regras pouco vale – o que confirma a ineficácia da

---

[208] Idem, p. 25.

subsunção em situações desse tipo, haja vista que a depender do assunto a ser decidido a decisão judicial estará mais a depender dos argumentos pessoais e das razões de foro íntimo do decididor do que dos termos da normatização posta.

Finalmente, sabendo-se que a temática em discussão goza de importância internacional, observou-se também a preocupação dos ministros em situar o estado brasileiro como expoente na luta contra a discriminação de qualquer tipo, em face do respeito aos diretos inerentes à pessoa e à dignidade humanas. É possível que um dos argumentos que tenham reforçado essa posição tenha sido o que salientou ser aquela decisão do STF a única no mundo a tratar anti-semitismo crime de racismo, com as implicações previstas na Constituição Federal. Essa argumentação a princípio reforçou o cunho político da decisão.

Considerações finais

Sendo uma das "peças-chave" da atual discussão jurídica, a decisão judicial tem sido submetida a diversas possibilidades de análise. A abordagem de cunho sociológico é uma delas porquanto reconhece a impossibilidade metodológica de estrita separação entre objeto e sujeito. Mais que isso: reconhece a interpenetração entre sujeito e objeto de tal forma que quaisquer opiniões sobre determinado objeto estão envolvidas pelas pré-compreensões e pré-juízos de quem o aborda. Neste sentido, observa-se que o caso judicial em apreço apresentou veredito fortemente influenciado por motivos de ordem emocional e pessoal dos ministros, o que permite algumas conclusões:

A primeira, de que as pré-compreensões dos ministros acerca da trajetória histórica do povo judeu, associadas aos eventos trágicos da Segunda Guerra Mundial, marcaram de modo intenso o rumo do julgamento. Em segundo, que os pré-juízos são dificilmente afastados em julgamento de ações polêmicas, ainda que se afaste a apreciação de questões estritamente legais relacionadas ao caso. Em terceiro, que a prolação de uma decisão diferente da que foi dada, eventualmente absolvendo Siegfried Ellwanger do crime de racismo, poderia revelar o descompasso da corte, consequentemente, do Poder Judiciário Brasileiro perante a comunidade internacional. Finalmente, que se considera haver estreita linha divisória entre inclinações particulares e arbitrariedade.

Como aporte teórico, Dworkin oferece, com o direito como integridade, interessante aproximação entre juiz e decisão ao imputar ao agente a responsabilidade pela compreensão e atuação de acordo com a teoria política estabelecida. Esta formulação, ainda que conceitualmente destinada à realidade jurídica do *common law*, com as necessárias ressalvas quando trazida para o âmbito do *civil law*, permite compreender, por exemplo, como o “Caso Ellwanger” foi possível, se tomadas em consideração as orientações particulares dos juízes conciliando-as às de cunho político-constitucional do estado brasileiro.

Em segundo, Dworkin também favorece a discussão entre regras e casos difíceis. Isto porque aprofunda as discussões positivistas em torno da abertura presente nas normas; evidencia a ruína das certezas e seguranças jurídicas; declara a presença de sentenças morais nos posicionamentos supostamente neutros ideológica e politicamente. Todavia, mostra-se incompleta na análise da decisão judicial em si, haja vista que a preocupação de Dworkin não é a de favorecer uma teoria da decisão judicial, mas, sim, uma teoria política na qual esteja inserida. A presença de formas ideais constitui-se outro obstáculo porquanto não há como, na realidade perceptível, incorporar o modelo hercúleo de julgamento tal como proposto.

REFERÊCIAS:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição – São Paulo: ed. Malheiros Editores, 2007.

BRASIL, Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 5. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Tradução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REIS, F. W. Mensalão, instituições e dor nas costas. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jan. 2013. Disponível em < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/89693-mensalao-instituicoes-e-dor-nas-costas.shtml

SANCHÍS, Luis Prieto. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade de solução justa. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado Constitucional.* São Paulo: Ícone, 2012.

SENA, Jaqueline Santa Brigida. O juiz e a sombra: uma análise dos fatores extralegais que influenciam a atuação judicial a partir da psicologia analítica. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: 2009.

SILVA, Cláudia Regina Alves da. O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do ireito pelo STF. Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI. Recife: 2006

STRUCHINER, Noel. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. São Paulo: Renovar, 2002.

VIGO, Rodolfo Luís. Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XXI às novas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.